

PRIMERA PARTE

INTRODUCCIÓN A LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA ECONOMÍA

SUMARIO

1. PRELIMINARES
 - 1.1. Qué significa *derecho* en la frase “derecho y economía”
 - 1.2. Qué significa *economía* en la frase “derecho y economía”
2. LA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y ECONOMÍA
3. ¿DE DÓNDE SURGE LA NECESIDAD DE DESARROLLAR NORMAS (DE CONTENIDO ECONÓMICO)?
4. LAS FALLAS DEL MERCADO
 - 4.1. El poder de los agentes como falla del mercado
 - 4.1.1. El monopolio
 - 4.1.2. Externalidades y bienes públicos
 - 4.1.2.1. Externalidades negativas
 - 4.1.2.2. Los bienes públicos
 - 4.1.3. Incertidumbre, riesgo e información asimétrica

- 4.1.3.1. Incertidumbre y riesgo
- 4.1.3.2. Información asimétrica
- 4.1.3.3. Los derechos de propiedad
- 4.1.4. Los bienes públicos
- 4.2. Incertidumbre, riesgo e información asimétrica
 - 4.2.1. Incertidumbre y riesgo
 - 4.2.2. Información asimétrica
 - 4.2.3. Incertidumbre y riesgo
- 5. INTERVENCIÓN DEL ESTADO Y LA JUSTIFICACIÓN ECONÓMICA DE LA INTERVENCIÓN
 - 5.1. Intervención del Estado, interés público e interés privado
 - 5.2. Nuevas tendencias de la intervención:
la ley y la regulación como incentivos de acceso al mercado

BIBLIOGRAFÍA

1. PRELIMINARES

¿Hay alguna relación entre el derecho y la economía? Esta es la pregunta que trataremos de resolver en estas páginas.

Pero primero, debemos disipar una cuestión de tipo estrictamente analítico: es necesario establecer ¿en qué sentido es relevante aquella pregunta?¹ La respuesta, como la respuesta a cualquier cuestión por el sentido de la pregunta, no es fácil. Para resolver la cuestión podemos tomar dos vías: primero, afirmar que es relevante preguntarse por la relación entre “el derecho” y “la economía” ya que existe una preconcepción, no elaborada teóricamente, que indica que el “derecho” influye en la “economía” y la “economía” en el “derecho”. Con todo, esta vía no es apta para determinar porqué tiene sentido preguntarse por la relación, si es que la hay, entre estas dos palabras. No es apta en tanto que caeríamos en un círculo vicioso, pues no es posible preguntarse por el sentido de la pregunta por la *relación entre el derecho y la economía* y responder diciendo que el sentido se adquiere por una preocupación de tipo subjetivo que no afecta sino a aquellos que tienen una preconcepción de lo que es el “derecho” y lo que es la “economía”².

- 1 Quizá para algunos es irrelevante la cuestión por el sentido de una pregunta teórica, pero, respondemos esta objeción diciendo, que establecer las condiciones de posibilidad de una pregunta simplemente permite, desde un punto de vista metodológico, darle fuerza al argumento que se sigue de ellas. De un modo similar, aunque la comparación no es muy feliz, se inaugura con KANT en la *Crítica de la razón pura*. A su vez, PAUL RICOEUR en *Finitud y culpabilidad*, en un contexto teórico diferente, desde la perspectiva de la antropología filosófica, hace dicha pregunta como punto de partida metodológico que garantiza que aquello que sigue es una reflexión trascendental, es decir, una reflexión que se cuestiona por las condiciones de posibilidad. Así, nosotros no estamos interesados en una “filosofía trascendental del derecho” pero, estamos convencidos de que la pregunta por las condiciones de posibilidad de una pregunta teórica debe iniciar cualquier estudio de este tipo para con ello evitar objeciones a los presupuestos de la argumentación a desarrollar.
- 2 Sin embargo, parece ser que incluso algunos que conocen el sentido de la palabra *derecho* y el sentido de la palabra *economía*, no pueden entrever la relación entre ellas dos, ni mucho menos la utilidad de preguntarse por la relación e importancia de la relación.

Por lo anterior, es necesario adoptar una segunda vía, una vía observable fundada en hechos. Ésta es quizá la vía más sencilla de todas, pues el sentido de la pregunta por “el derecho” y “la economía” se patentiza por hechos que indican que, desde la concepción misma de las ciencias jurídicas, es necesario preguntarse por dicha relación³. Así, con hechos, se demuestra que adquiere sentido la pregunta en tanto han ocurrido algunos eventos que manifiestan un interés teórico por la pregunta por la relación o relaciones entre “el derecho” y “la economía”, los cuales patentizan que la pregunta tiene sentido. Entonces, se constituyen en hechos que revelan la relación:

- (1) la proliferación de publicaciones, revistas, libros y etcétera, desde 1958⁴ dedicadas al análisis económico del derecho y al derecho económico;
- (2) la gestación, a partir de la última década del siglo pasado, de múltiples programas dirigidos a la formación de abogados y economistas en el análisis económico del derecho y en el derecho económico;
- (3) un conjunto de concursos, becas y demás premios dirigidos a estimular en el país el desarrollo de todo tipo de escritos en análisis económico del derecho y en derecho económico⁵, y por último;
- (4) el choque en los estrados y en la academia que han sostenido durante los últimos diez años abogados y economistas en los cuales,

3 De este modo lo señala CARNELUTTI en su monografía, *¿Cómo nace el derecho?*, Editorial Temis: Bogotá, 1999.

4 Como veremos en la segunda parte de este volumen, en el año 1958 se creó, por parte de AARON Director, el *Journal of law and economics* en la escuela de derecho de la Universidad de Chicago.

5 Por ejemplo está el concurso JOSÉ IGNACIO DE MÁRQUEZ al mejor escrito y mejor revista en *Análisis económico del derecho y Derecho económico*, y la Beca ENRIQUE LOW MURTRA, otorgada por el Banco de la República, para aspirantes a programas de maestría o doctorado en el exterior en análisis económico del derecho o derecho económico.

respectivamente, defienden la aplicación de ciertos principios de carácter jurídico sobre los principios económicos o respecto de la aplicación de principios de carácter económico sobre los principios jurídicos⁶. Estos hechos, aunque parezcan superficiales, hacen patente que en la comunidad académica preguntarse por la relación de lo que entendemos por “el derecho” y “la economía” tiene sentido.

Así pues, podemos decir que ha sido la comunidad académica la que ha hecho manifiesta una relación, sea cual sea, entre las palabras “derecho” y “economía”, la cual hace que hoy tome sentido preguntarnos por ella. Claro está que, si somos estrictos, estos hechos en el ámbito mundial no son cosa de hoy, sino que hacen parte de la tradición jurídica y económica de algunos países desarrollados durante más de dos siglos⁷. Empero, no es cosa del pasado sino una preocupación que atañe nuestro presente, pues en nuestro país se ha escrito muy poco sobre el derecho económico y las investigaciones en análisis económico del derecho son mínimas, hablando comparativamente respecto de lo desarrollado en otros países de habla hispana⁸, o en otras lenguas como en Europa y Norteamérica.

Ahora bien, sabemos que debido al conjunto de hechos presentados la pregunta por la relación entre “el derecho” y “la economía” adquiere sentido y por ello es válido formularse la pregunta con que iniciamos este escrito, es decir, ¿hay alguna relación entre el derecho y la economía? Es necesario iniciar con un estudio lógico, semántico y gramatical, es decir, observar cuáles son las posibilidades de relación entre estas dos palabras.

-
- 6 Por ejemplo, las sentencias sobre salarios, emitida por la Corte Constitucional en 2001, 2002 y 2003 y la sentencia sobre el sistema de financiación de vivienda a través de UPAC de 1999, constituyen ejemplos de estos acalorados debates.
 - 7 POSNER, RICHARD, *Foreword of the encyclopedia of law and economics*. *Encyclopedia of law and economics*, en: <http://encyclo.findlaw.com/foreword.html>, febrero de 2004.
 - 8 Véase: *Law & Economics in Mexico* by ANDRÉS ROEMER and JOSÉ DIEGO VALADÉS y *Law & Economics in Spain* by SANTOS PASTOR and JESSES PINTOS, en: <http://encyclo.findlaw.com/>. Febrero de 2004.

Antes de iniciar debemos estudiar cuál es el sentido o significado o la semántica de dichas palabras, pues como bien dice ARISTÓTELES en el libro séptimo de la *Metafísica*⁹, hay palabras de las que se dice de varias maneras. Algo similar sucede con las palabras *derecho* y *economía*, pues ellas se significan de varios modos¹⁰.

Para develar esta pregunta de un modo completo, previamente debemos establecer cuál es el valor de la partícula “y” en la afirmación por la relación entre *el derecho* y la *economía*. La partícula “y”, en la frase, representa un conector lógico-gramatical, es decir, es una partícula que enlaza y conecta dos o más palabras o dos o más enunciados en un argumento. Así, tiene dos funciones, la primera es ser conector lógico pues, desde dicha disciplina, es un elemento que se expresa como un componente que hace compuesto a un conjunto de enunciados que tienen cierto valor de verdad¹¹. Su segunda función es también lógica, pues permite determinar una relación entre enunciados simples¹². Es en esta función en la que nos concentraremos.

La relación que establece la partícula “y” es de conjunción, en términos de teoría de los conjuntos, implica determinar la intersección de dos conjuntos. Así decimos, la relación entre S y P se representa en primer lugar como lo grafica el diagrama de VEHN 1.1.:

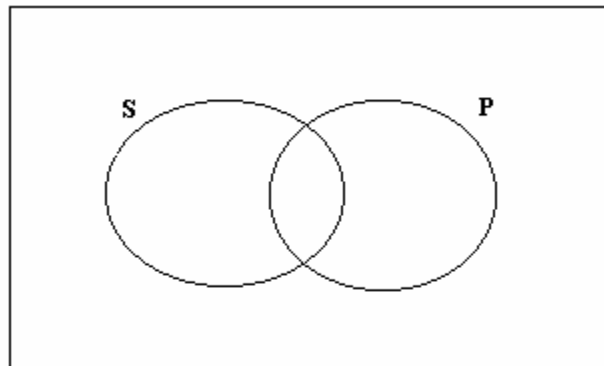
9 ARISTÓTELES, *Metafísica*. Gredos: Madrid, 1994.

10 Por esta razón hasta el momento las palabras *derecho* y *economía* han aparecido entre comillas.

11 COPI, IRVING y COHEN, CARL, *Introducción a la lógica*. Limusa: Balderas, México, 2000, págs. 322 y sigs.

12 *Ibidem*, pág. 324.

DIAGRAMA 1.1.

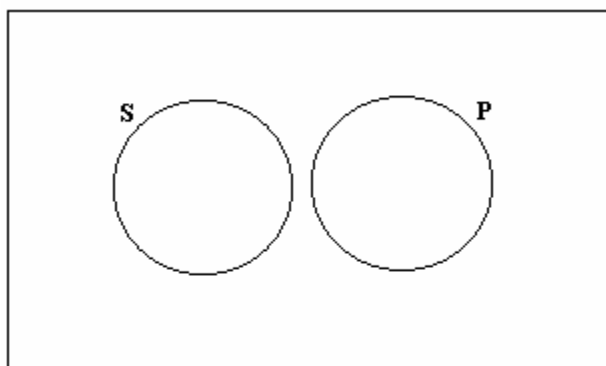


Así, vemos que S es un conjunto el cual no está totalmente contenido en P y P es un conjunto el cual no está totalmente contenido en S. Vemos que existe una primera clase de relación en la que hay una intersección entre los conjuntos definidos.

Si vamos más allá, pensando en la función que tiene la partícula “y” en la pregunta por la relación entre el derecho y la economía, más allá de la estricta intersección, podemos decir que al determinar las posibles relaciones, debemos tener en cuenta no sólo la intersección, sino también otras posibilidades de relación, que surgen entre el *derecho* y la *economía*. Así, la simple relación “y” de intersección se podría extender, según la respuesta, a otras posibles relaciones, entendiendo la palabra relación en sentido de conexión o correspondencia de alguna cosa con otra.

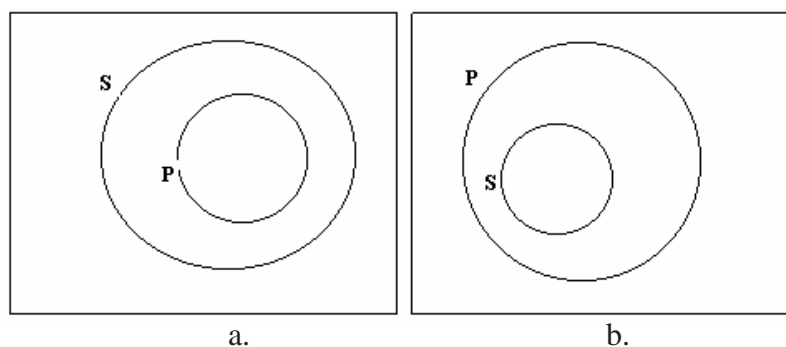
Por lo dicho, podemos decir que una de las posibles respuestas a la pregunta por la relación entre S “y” P es que entre los dos conjuntos no hay relación (aunque pueden ser parte de un mismo universo) o no existe, al menos, la intersección. En el diagrama de VEHN 1.2, la relación gráfica sería:

DIAGRAMA 1.2.



Pero existen otras dos posibles respuestas a la pregunta por la relación en las que los elementos de un conjunto están completamente contenidos en otro conjunto, como lo muestra el diagrama 1.3.:

DIAGRAMA 1.3.



Podemos ver que en el diagrama 1.3.a. el conjunto S contiene totalmente al conjunto P, y que el conjunto P en el diagrama en el diagrama 1.3.b., contiene completamente al conjunto S.

En conclusión, podemos decir que se presentan tres tipos de respuesta a la pregunta por las posibles relaciones que se derivan de

la letra “y”. La primera es de intersección, cuando no todos los elementos de los conjuntos relacionados se encuentran en otro de los conjuntos. La segunda es de contenencia, es decir, aquella que se presenta cuando los elementos de uno o más conjuntos están totalmente contenidos en otro conjunto. Y la tercera posible respuesta a la pregunta por la relación, que no es estrictamente una relación, es aquella en la que los conjuntos no presentan elementos comunes, aun cuando pertenezcan al mismo universo.

Ahora vamos a centrar nuestro estudio a las palabras que estamos discutiendo. Pero primero debemos definir cuáles son los elementos de los conjuntos que pretendemos relacionar. En términos analíticos, los elementos de los conjuntos dependen de la definición que demos de cada conjunto y dicha definición depende de las creencias políticas, los gustos, deseos y pareceres personales de quien define. Por ello, como la elaboración de un texto de cualquier materia es un ejercicio teórico de argumentación, vamos a desarrollar, desde nuestra perspectiva, cuál es la definición y el contenido de la palabra “economía” y cuál la definición y contenido de la palabra “derecho”. En lo que sigue vamos a estudiar qué significa *derecho* en la frase “derecho y economía” y qué significa *economía* en la frase “derecho y economía”¹³.

1.1. EL SENTIDO DE LA PALABRA *DERECHO*

La palabra “derecho” según la Real Academia Española de la Lengua se entiende de varios modos¹⁴. Vamos a estudiar sólo cuatro de ellos: primero, se dice del derecho como disciplina o ciencia;

13 Este tipo de análisis lo hacen NICHOLAS MERCURO y STEVEN MEDENA en su libro *Economics and the law*. Con todo, la relación que ellos hacen es un poco limitada pues no cuestionan los variados sentidos que pueden tener las palabras derecho y economía.

14 Tiene 28 acepciones para ser exactos.

segundo, se entiende derecho como institución; tercero, como simple norma que garantiza una facultad de acción; y cuarto, como adjetivo, se dice de lo recto, lo justo y lo directo. Los sentidos que nos importan acá son duales, el derecho como disciplina y como institución. Estos sentidos, son muy habituales y sobre todo conexos en el desarrollo de la filosofía del derecho de los últimos tres siglos. Pero, como el propósito de este estudio no es hacer una historia de la filosofía del derecho, vamos a desarrollar una referencia corta a lo que nos interesa determinar, es decir, qué se puede entender por el vocablo “derecho”.

La pregunta por el significado de la palabra derecho, ha constituido desde hace más de tres siglos el eje de los debates de teoría jurídica. En estos tres siglos se han presentado tres corrientes que interactúan entre sí intermitentemente. Éstas pueden ser denominadas el naturalismo o antiformalismo jurídico, el positivismo o formalismo jurídico y el realismo jurídico.

La primera de estas escuelas tiene dos vertientes principales. La primera llamada escuela del derecho natural clásica, parte de la consideración del derecho como un simple conjunto de principios formados espontáneamente por los individuos, los cuales no necesitan estar escritos para ser aplicados y protegidos¹⁵. Otros miembros de esta escuela, toman al derecho natural como ese derecho emanado de la naturaleza humana, y por ello, común a todos los hombres¹⁶. Por otro lado está la nueva escuela del derecho natural, la cual se percibe como un resurgimiento de las teorías del derecho natural en las que se defiende, como principal característica del derecho, los valores tradicionales postulados por el *ius naturalismo* clásico, como lo son la justicia, la equidad, la seguridad y el bien común.

15 Cfr. BODENHEIMER, EDGAR, *Teoría del derecho*. México: Fondo de la Cultura Económica, 1997.

16 NOGUERA LABORDE, RODRIGO, *Introducción al derecho*, vol. 1, Universidad Sergio Arboleda, 1994, pág. 135.

En segundo lugar se presenta el positivismo o formalismo jurídico, el cual surge por un conjunto de acontecimientos, como por ejemplo la elaboración de los códigos napoleónicos¹⁷ y el surgimiento y la divulgación del método de las ciencias naturales como “único” método científico válido. Estos hechos llevaron a un desarrollo del derecho como una disciplina de tipo científico, la cual toma el orden legal existente y de él desarrolla, por medio del método inductivo, un grupo de nociones, conceptos y distinciones teóricas¹⁸. Este positivismo se centró en la norma como objeto de estudio y en los metalenguajes que podían surgir de ella a partir del análisis lógico de las interrelaciones entre proposiciones legales¹⁹. Por esto, fue posible el desarrollo de teorías puras del derecho, pues se tenía la creencia de que el derecho es una ciencia pura e independiente, cuyos datos se constituían en simples colecciones de casos²⁰.

Luego, con LLEWELING²¹ y otros filósofos del derecho, surge una crítica al sistema positivista del derecho, esta es la escuela del realismo jurídico de la cual se desarrollan las escuelas de estudios críticos del derecho. Éstos hacen una crítica al sistema positivista de derecho pues consideran que el hombre no puede ser imparcial cuando juzga, ya que siempre está influido por preconceptos políticos, por intuiciones y por sus gustos, deseos y pareceres, los cuales influyen de modo directo la decisión o valoración judicial. Además, estos estudios parten de un conjunto de categorías marxistas para justificar que el derecho es, al final de cuentas, una expresión de los intereses de las clases dominantes en la sociedad²². Esto último, lo podemos

17 BOBBIO, NORBERTO, *Positivismo jurídico*. Madrid: Debate, 1993.

18 BODENHEIMER, *op. cit.*

19 MERCURO, NICHOLAS y MEDENA, STEVEN, *Economics and the law*. Princeton: Princeton University Press, 1999, pág. 6.

20 *Ibidem*, pág. 7.

21 El artículo que más conviene a nuestro propósito, es: LLEWELING, KARL. *The effect of legal institutions upon economics*. *American Economic Review*, vol. 15. December, 1925.

22 MERCURO y MEDENA, *op. cit.*, pág. 9.

ratificar en palabras de FOUCAULT²³ quien dice que el derecho es sólo un elemento de la trilogía de lo que conforma al poder, es decir, el poder, el derecho y la verdad. El poder se ejerce produciendo verdad. La verdad, presente en el discurso, produce a su vez la ley, que se transfigura en derecho²⁴. Así, surge una escuela diferente que da cuenta del discurso de la filosofía contemporánea y define al derecho en torno a un conjunto de categorías sociológicas, económicas, psicológicas, etc., las cuales permiten ver que el derecho no es un problema de simples normas, sean escritas o no. El derecho va más allá, es una expresión normativa de las prácticas del ser humano, y por ello, en todos sus sentidos filosófico-jurídicos el vocablo derecho, es una conjunción de disciplinas que permiten definir unas relaciones de poder que termina con el desarrollo de leyes²⁵.

1.2. EL SENTIDO DE LA PALABRA *ECONOMÍA*

Ahora veamos cuál es el sentido de la palabra *economía*. La palabra *economía* en la relación entre derecho y economía puede tener dos sentidos. El primero entiende a la *economía* como ciencia y el segundo la *economía* como una relación de interacción espacio-temporal en la que concurren agentes, bienes y servicios, y precios.

Como ciencia, afirmamos que “la economía” es una ciencia social que estudia la acción humana deliberada²⁶. Esta es la definición que

23 FOUCAULT, MICHEL, *La genealogía del racismo*. La Piqueta Ediciones: Madrid, 1992. También ver, del mismo autor: *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa, 1992.

24 *Ibidem*, pág. 33.

25 El concepto de ley es el más amplio posible, es decir, es ley, por el contrario de lo dicho por HART, incluso la que impone un ladrón que con su arma obliga a un tercero a entregarle cierta cantidad de dinero. MURRAY ROTHBARD en *The anatomy of the State*, hace un análisis comparativo del origen del Estado con el modo de imposición que tiene una banda de forajidos.

26 HUERTA DE SOTO, JESÚS, *Socialismo, cálculo económico y función empresarial*. Madrid: Unión editorial, 1999. También en: <http://www.huertadesoto.com>.

adoptamos de economía en este estudio, pues, en términos de la economía neoclásica, la economía es el estudio de la interacción de la acción de los agentes y de los modos de controlar dicha acción para lograr una asignación óptima o eficiente de los recursos escasos, definición que restringe el verdadero ámbito de aplicación de la economía. Pero, vamos a dar por sentado que aquella es la definición de economía que deseamos trabajar pues no estamos acá para hacer un estudio de la historia de la filosofía de la economía.

Como fenómeno de interacción espacio-temporal, se habla de “una economía” y nos referimos a un espacio y un tiempo en el cual concurren agentes, es decir: firmas y familias, bienes y servicios, (producidos y prestados por la cooperación de firmas y familias), y, debido a la existencia de los mercados, se presentan los precios²⁷. A este fenómeno llamaremos el sentido de la economía como institución social.

¿Cuál es el sentido de la palabra economía que pretendemos trabajar acá? Tomaremos los dos. La economía como ciencia, permite establecer un conjunto de herramientas de tipo científico y discursivo que llevan a entender el desarrollo de la acción humana, y la economía, como “interacción en el espacio y el tiempo”, o como institución si se nos permite llamarla de ese modo, la cual se remite al conjunto de interacciones que podemos desarrollar por la cooperación entre agentes.

27 Para una visión completa del sentido de la palabra economía, véase: MASS COLELL, ANDREA, WINSTON, MICHAEL, y GREEN, JERRY. *Microeconomic theory*. Oxford: OUP, 2001.

2. LA RELACIÓN ENTRE *DERECHO Y ECONOMÍA*

Volvamos a la pregunta original: ¿hay alguna relación entre el derecho y la economía? Ya sabemos que las posibles respuestas a la pregunta por la relación son de tres tipos y que estas relaciones dependen del concepto que delimite los conjuntos a relacionar.

En primer lugar, los conjuntos que relacionaremos son el conjunto del derecho como disciplina o ciencia y el conjunto de la economía en su primer sentido, es decir, como ciencia social. Respecto de esta relación podemos decir que, entre el derecho como disciplina teórica y la economía como ciencia social, existe una relación de contención, pues, la economía es la ciencia que estudia la acción humana y el derecho tiene como objeto, en todos sus sentidos, el estudio de normas y principios jurídicos. Así, la existencia de normas simplemente indica que hay unos límites artificiales (sean consensuales o dictatoriales) a la acción humana deliberada y que, dentro del conjunto de acciones posibles, hay unas limitadas por las normas, que emanan de un poder, las cuales son estudiadas por el derecho. En este sentido, el derecho estudia un subconjunto de acciones humanas y, por ello, está contenido en la economía. Esto nos indica que, en primer lugar, cuando hablamos de la relación entre derecho y economía, hablamos de una relación entre dos ciencias sociales que tienen como objeto de estudio la acción humana. Así, la acción humana que estudia la economía es género y la acción humana delimitada, que estudia el derecho, es especie. De esta relación se ocupa el análisis económico de la teoría jurídica, pues se presentan como análisis lógico de la acción²⁸.

En segundo lugar, puede haber otro tipo de relaciones. La relación entre la economía como ciencia y el derecho como institución, la

28 Para ampliar el concepto recomendamos: LONG, ROEDERIK T. WITGENSTEIN, Austrian economics and the logic of action. Working paper, en: <http://www.mises.org/journals/scholar/long.pdf>.

relación entre la economía y el derecho como instituciones, y la relación entre el derecho como ciencia y la economía como institución. Así, la relación entre la economía como ciencia y el derecho como institución lleva a una relación entre las leyes y principios de la acción humana deliberada frente al conjunto de normas que compone al derecho. De esta relación puede surgir una subdisciplina llamada análisis económico del derecho, pues ésta busca que, a partir de categorías de tipo económico sean éstas de economía positivista o no, se desarrollen un conjunto de teorías respecto del derecho como institución.

La relación entre la economía y el derecho como instituciones nos lleva a desarrollar todas aquellas correlaciones entre el mercado, principal componente de la economía como institución y las normas que lo regulan.

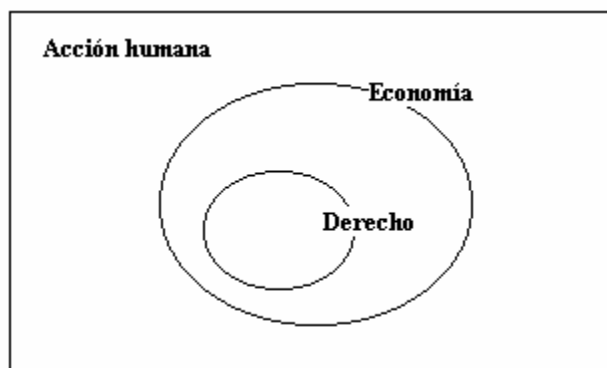
Y la relación entre el derecho como ciencia y la economía como institución pretende dar cuenta del estudio de la acción del hombre que se desarrolla en la economía como institución (en el mercado). De estas dos relaciones surge, a nuestro parecer, el derecho económico, pues se desarrolla el estudio científico de un conjunto de normas —institución jurídica— que regulan la actividad económica. Para algunos, con los que nos identificamos, todo el derecho a final de cuentas es económico y por ello no es necesario hacer distinciones²⁹. Sin embargo, la doctrina colombiana y

29 La razón parece obvia, la economía como institución se refiere a agentes, bienes y servicios, y precios, el derecho, desde cualquier perspectiva, es un análisis de normas que se aplica a agentes, los cuales ven limitadas sus posibilidades de acción con el derecho. Entonces, estudiar esta relación implica estudiar todo el derecho, pues éste impone todo tipo de límites a la acción de los agentes, a la asignación de bienes y servicios, y a la normal definición de precios en el mercado. Un corto análisis de esta ambigüedad conceptual, con un perfil defensor de la perspectiva contraria, se puede encontrar en: GUTIÉRREZ P., HERNANDO. “Hacia un derecho económico sostenible”. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana. *Universitas* Ciencias Jurídicas, No. 96, 1999.

extranjera, sobre todo la francesa, insisten en establecer que existe un conjunto de normas denominadas de derecho económico o normas con contenido económico³⁰.

En términos gráficos o de diagramas de VEHN, las relaciones entre el derecho y la economía se pueden representar así: primero, al decir que la economía es una ciencia cuyo objeto de estudio es la acción humana frente a los recursos escasos y que el derecho también tiene un objeto de estudio similar pero un poco más restringido, diríamos que la relación del derecho y la economía se puede ver en el diagrama 1.4.:

DIAGRAMA 1.4.

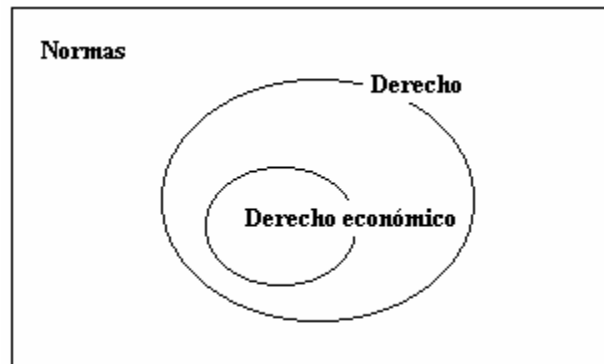


Vemos en el diagrama 1.4. que dentro del universo de la acción humana, una ciencia llamada economía estudia una parte de tales acciones y dentro de ese subconjunto de acciones analizadas por la economía está otro subconjunto de acciones que estudia o hacen parte del objeto de estudio del derecho.

30 Mucho se ha dicho sobre el derecho económico en nuestro país y en otros países de Europa, pero infortunadamente para los tratadistas del tema hay muy pocas revistas especializadas dedicadas al derecho económico, lo cual deja ver el poco interés por dicha disciplina. Una extensa bibliografía colombiana y francesa sobre el tema aplicable a este tema se encuentra en: BORDA RIDAO, ROBERTO, *Introducción al derecho económico*. Bogotá: tesis de grado, Pontificia Universidad Javeriana, 1999.

Segundo, en lo respectivo a la relación entre derecho como ciencia y la economía como institución, podríamos establecer la relación que suponen la mayoría de los tratadistas del derecho económico, en la cual existe un conjunto de normas, llamado “derecho económico”, que se ocupa de las actividades de mercado y de la asignación óptima de recursos escasos. Pero ese conjunto normativo no agota todo el espectro del derecho (en nuestro parecer, tampoco agota el espectro de la economía por eso los conjuntos se confundirían en uno). Así, la relación gráfica se representa en el diagrama 1.5.

DIAGRAMA 1.5.



Vemos en el diagrama 1.5. que dentro del universo de las normas, existe un conjunto de aquéllas llamadas con un contenido estrictamente jurídico debido a la coerción presente en ellas, a las cuales se identifican con el derecho. Dentro de éstas, existe un subconjunto de normas jurídicas cuyo objeto es la regulación de actividades de mercado y la asignación óptima de recursos escasos, a éstas las identifica la doctrina con el derecho económico³¹.

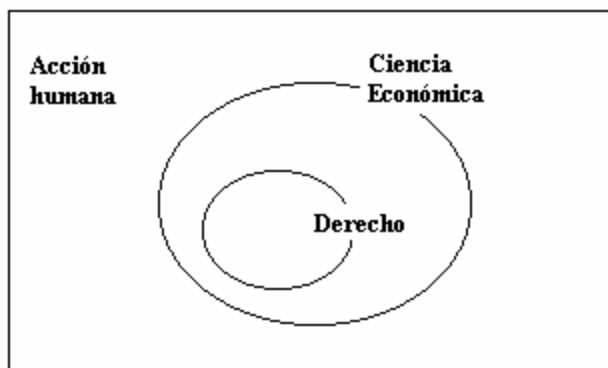
A pesar de lo dicho, el amplio espectro de lo económico, debido a que es mucho más que simple asignación de recursos, el calificativo

31 Véase: BORDA RIDAO, *op cit.*

de económico de alguna rama del derecho sobra, pues todo el derecho es económico. Con esta posición nos identificamos pero ello no se constituye en un límite al desarrollo de un análisis de las posiciones que se han tenido con respecto a lo que se ha llamado derecho económico.

Tercero, en lo que respecta a la relación entre la economía como ciencia y el derecho como institución, la relación es muy simple. La economía como ciencia, social o positiva, está dotada de un conjunto de herramientas de análisis de la acción humana deliberada, como dijimos, la acción humana deliberada comprende la acción humana que estudia el derecho, es decir, la acción humana limitada por normas con respaldo coercitivo, por ello, la otra posible relación entre el derecho y la economía se representa del siguiente modo:

DIAGRAMA 1.6.



Así, vemos que dentro del espectro de análisis de la acción humana está la ciencia económica y que ella, entre otras cosas se ocupa del derecho pues éste es también parte de la acción humana. Esta relación da origen, sin importar si entendemos la economía como una ciencia positiva o como una ciencia social, al análisis económico del derecho. Este es pues un mecanismo de

argumentación el cual, a partir de herramientas de análisis desarrolladas por la economía pretende dar cuenta del derecho, de un modo descriptivo o valorativo.

Como podemos ver, las relaciones antes descritas tienen su origen en los distintos modos de comprender las palabras “derecho” y “economía”. Por ello, cuando se hace derecho económico, que es la resultante de un tipo de relación entre el derecho y la economía, no se está haciendo análisis económico del derecho. Por lo mismo, cuando se hace análisis económico del derecho no se hace derecho económico. Son disciplinas distintas, con objetivos y modos de comprender el derecho y la economía distintos.

3. ¿DE DÓNDE SURGE LA APARENTE NECESIDAD DE DISEÑAR NORMAS?

Hasta el momento hemos determinado que es posible hallar una relación entre el derecho y la economía. Además, que dicha relación depende de la perspectiva con que abordemos las palabras “derecho” y “economía” y que de dichas relaciones se hacen patentes las disciplinas objeto de análisis de este texto, es decir, el análisis económico del derecho y el derecho económico (y marginalmente el análisis económico de la constitución y el derecho económico constitucional). Ahora, vamos a hacer un estudio que nos recuerde cómo y por qué en la evolución de las instituciones jurídicas surgió la preocupación por el desarrollo de normas que permitieran la intervención del Estado en la economía, teniendo como instrumento el derecho positivo. Para desarrollar este aparte, debemos volver brevemente a la historia del análisis económico.

Tal como lo señala FOUCAULT en *Las palabras y las cosas*³², en la época clásica “la economía” no era más que el estudio de la riqueza. En ese entonces, surge una agenda de investigación que se monta sobre una *episteme* cuyo objeto exclusivo es el análisis de la riqueza. Podemos decir que de los estudios de los economistas clásicos, desde finales del siglo XVII hasta finales del siglo XIX, surge el desarrollo de la idea que dará fuerza a la economía posterior, esta es la idea de un sistema de mercado. Los economistas clásicos parten de los estudios de la filosofía del siglo XVII cuya preocupación fundamental era la ética. Sus estudios tenían un corte estrictamente filosófico y su único objetivo era desarrollar una filosofía práctica respecto del valor y la riqueza³³. Con todo, el eje ético de dichas

32 FOUCAULT, MICHEL, *Las palabras y las cosas*. Editorial Siglo XXI: México, 1999, págs. 164 y sigs.

33 *Ibidem*.

ideas es la libertad³⁴. Así, los “fisiócratas”, fundados en el ideal naturalista de LOCKE, desarrollaron un sistema de pensamiento en el cual la libertad, estrictamente la libertad económica, es fundamento ético de la no intervención del Estado en los asuntos empresariales. Por ello afirmaban que:

“el equilibrio económico lo rigen las leyes naturales y no la voluntad de los gobiernos. El orden económico natural va de acuerdo con los derechos naturales del hombre e implica su respeto. El orden natural implica el respeto de los derechos naturales: entre los derechos naturales del hombre figuran la propiedad individual, la libertad económica, persecución del interés personal... respetar esos derechos supone la abstención económica del Estado. Para realizar el orden natural, es necesario liberar la economía en general, y la agricultura en particular, por medio de la libre circulación de granos, con una política de libre producción y a “buen precio”, es decir, al precio del mercado y no al que impongan las autoridades”³⁵.

Como podemos ver, se establecen varios principios entre ellos el respeto de la propiedad privada que se constituye como uno de los principios para el “armonioso” funcionamiento del sistema de mercado³⁶.

Posteriormente se desarrollarían los estudios del mal llamado padre de la economía³⁷, ADAM SMITH. SMITH fue un filósofo escocés dedicado al estudio de la ética, por ello sus postulados parecen más

34 Cfr. MISES, LUDWIG VON, *Sobre liberalismo y capitalismo*. Bogotá: Folio, 2000.

35 MINH, pág. 30. Citado por: BORDA, *Op. cit.*, pág. 20.

36 HUERTA DE SOTO, JESÚS, *Socialismo, op. cit.*, pág. 73.

37 Los orígenes de lo que nosotros llamamos economía se remontan a la escuela escolástica tardía y al pensamiento de los filósofos naturalistas de la escuela de Salamanca. Así, el primer tratado general de economía, antes de ser la riqueza de las naciones de SMITH, fue el texto, *Essay on the Nature of Commerce*, escrito en 1730 por RICHARD CANTILLON. Él identificó, que la economía, es un área independiente de pensamiento ético, la cual permite la explicación de la formación de los precios, por medio de la “experimentación mental”. Entendió que los mercados eran un proceso empresarial y mostró que el dinero entra a la economía en un proceso paso a paso, distorsionando los precios en el camino. Para una cita más amplia véase: *What is Austrian Economics?* En: <http://www.mises.org/austrian.asp>. Febrero, 2004.

los provenientes de una investigación sobre la moral que los que propiamente pueden llamarse económicos. En su primer texto reconocido, *The theory of moral sentiments*, SMITH estudia el problema de la aprobación y la censura en lo moral. Para ello SMITH debió justificar previamente qué guía al hombre en su acción, definiendo que su guía es el propio interés³⁸. Así, consideró en su estudio sobre la naturaleza humana que todo individuo tiene como único móvil la propia ganancia y por ello es conducido por una “mano invisible”³⁹ a desarrollar un fin que forma parte de su plan de vida. Así pues, la competencia es un problema de simple consecución de fines. Quien produce, produce en desarrollo de su fin, quien consume también lo hace en la búsqueda de su fin, por ello, dice SMITH,

“no es de la benevolencia del carnicero, ni de la del vendedor de cervezas o del panadero, de la que esperamos nuestra comida, sino de su consideración del interés propio. No apelamos a su filantropía sino a su egoísmo personal, y no les hablamos de nuestras necesidades sino de sus ganancias”⁴⁰.

Estas reflexiones nos hacen ver la idea fundamental de la economía clásica, la idea del orden espontáneo del sistema de

-
- 38 Posteriormente, SMITH planteó la pregunta: ¿cómo es que el hombre, un ser que se guía por su propio interés, llega a formar juicios morales en los que su egoísmo se mantiene al margen, o es transmutado a una esfera superior? Su respuesta se enfocó en que el hombre puede ponerse en la posición de una tercera persona, de un observador imparcial y juzgar las razones morales del caso. Véase: HEILBRONER, ROBERT. *Vida y doctrina de los grandes economistas*. Ediciones Orbis, Barcelona, 1972.
- 39 La mano invisible es un simple instrumento pedagógico que usa SMITH en el desarrollo de sus textos. Infortunadamente fue modificado su sentido llevando a una mala interpretación del fenómeno que realmente quería SMITH resaltar, es decir, el orden espontáneo de las relaciones económicas humanas.
- 40 SPENCER, M.H., *Economía contemporánea*, segunda edición. Editorial Resente, S.A. Barcelona 1983. Aunque confirmamos la referencia llegamos a ella por cita de: BORDA R., ROBERTO. *Introducción al derecho económico*, tesis de grado, Pontificia Universidad Javeriana, 1999.

mercado. La mano invisible no es más que una apelación de tipo pedagógico que permite entender al mercado y la espontaneidad de las relaciones presentes en él, como un resultado del “egoísmo” presente en todos los hombres⁴¹. Por ello es necesaria *la libertad*, pues ella permite el desarrollo de las actividades y la búsqueda y consecución de los fines individuales. Estos fines individuales dependen del mercado y es él el que pone las condiciones para que los individuos actúen por motivos no altruistas. Tales relaciones y el mismo egoísmo presente en el desarrollo del sistema de mercado terminan en la cooperación de los agentes. La información que revela el precio y la que se hace presente en cada transacción permite que las fuerzas en pugna en el mercado se coordinen y lleven al orden sin que ningún ente central y organizador (el Estado) necesite de intervenir⁴².

Según el fundamento ético expuesto, el papel que se le debía asignar al Estado, según SMITH

“correspondía única y exclusivamente al cumplimiento de tres obligaciones a saber: la primera, consistente en proteger a la sociedad de los violentos y de las agresiones que otros estados pudieran cometer; la segunda, velar por una exacta administración de justicia; y la tercera, la realización y conservación de determinadas obras públicas y determinadas instituciones públicas, cuya producción no es rentable económicamente a los particulares”⁴³.

Estas obligaciones del Estado son un reflejo del querer ético de la época, pues reflejan los valores a proteger según las adjudicaciones propias del derecho natural, es decir, garantizar la seguridad, la justicia, la equidad y el bien común.

41 HEILBRONER, ROBERT, *Historia del pensamiento económico*. Madrid: Aguilar, 1968.

42 BORDA, R., *op. cit.*, pág. 26.

43 *Ibidem*, pág. 27. Citado por BORDA, R., *op. cit.*, pág. 19. Esta es una clara expresión de la línea de pensamiento del liberalismo clásico expuesto por HOBBS y LOCKE.

Estas ideas expuestas serían el sustento y fundamento de la ciencia, llamada actualmente, *economía*. Esta economía clásica ha sido clasificada como la economía del sistema de mercado o economía de mercado, pues se dio gran preponderancia a la libre iniciativa de los individuos en el desarrollo de sus empresas y se evitó al máximo la intervención estatal. Así, supone que el móvil de toda acción de los individuos está dado por el/los fines que éstos perseguían. Y la consecución de fines está en función de los beneficios y de la utilidad. Por esto, en la simple economía de mercado todos los individuos pretenden lo mismo, esto es, la maximización de la utilidad y del beneficio. Ello se logra porque todos y cada uno de los individuos se impelen en vista del interés propio. El interés propio y la envidia, dan pie al desarrollo de la competencia. La palabra competencia viene de la acepción latina *competitum*⁴⁴, que significa la búsqueda común de la misma petición por un bien. La búsqueda de un fin por parte de cada individuo y la búsqueda de la satisfacción del propio interés llevan a que muchos concurren en la búsqueda de lo mismo y, por ello, compitan por el lucro que les proporciona. Esto puede ser consumiendo o produciendo. Así el sistema de cooperación permite que se den las condiciones para que se produzcan y consuman los bienes y servicios producidos. Con todo, hay una condición previa, este sistema sólo funciona si hay escasez⁴⁵. Se entiende por escasez como la insuficiencia, falta o carencia de recursos, para que ellos sean asignados a los agentes que los desean. La razón del fundamento de las ideas económicas en la escasez salta de bulto, pues de no haber escasez ¿para qué producir?, ¿para qué competir?

44 HUERTA DE SOTO, *op. cit.*, pág. 77.

45 *Ibidem*. El autor cita como fuente de autoridad de su conclusión fabuloso libro de LUDWIG VON MISES, *Human action*, en: <http://www.mises.org>. La versión española es publicada por Unión Editorial, Madrid, 2000.

Como vemos, esta escuela desarrolló, a partir de un cierto concepto del proceso de volición del hombre, toda una teoría respecto del comportamiento de éste en sus relaciones de mercado. Esta teoría, funda sus apreciaciones en la racionalidad del hombre al desarrollar en acciones sus preferencias y, por ello, en el desarrollo de sus empresas⁴⁶. La *racionalidad* no implica que el hombre sea infalible en el cálculo del costo-beneficio de sus acciones, sino que el hombre, por ser un individuo que maximiza, sujeta su proceso de maximización a sus preferencias, las cuales son puramente subjetivas. Las preferencias, deben cumplir cierto tipo de estructura para que puedan ser consideradas como provenientes de un ser racional, de modo que deben ser transitivas y completas⁴⁷. Así, la racionalidad se expresa o define por estas dos características de las preferencias. Como vemos, este concepto de hombre llevó a la teoría a plantear un modelo sin fallas, es decir, un modelo que se adecua ante cualquier situación teórica y práctica debido a que el hombre está preparado para asumir cualquier tipo de decisión.

Así pues, posteriormente, con la caída del individualismo, la crisis de las ciencias y el colapso de la burguesía victoriana, estas ideas dejaron de ser útiles para aquellos que dentro de la retícula del poder estaban alzándose en el dominio de la verdad y el derecho. Además, con las profundas depresiones y crisis de las economías desarrolladas, la idea que tomó el ambiente de la época propendía por el fortalecimiento del Estado. Se decía que de no acabarse con el régimen anárquico de la libertad, de no darse al Estado la facultad de disponer, reglamentar, limitar e intervenir en la libertad, las consecuencias de ella serían el abuso del poder económico, la

46 Empresa entendida en el sentido de emprender, no de firma.

47 MASS COLELL, ANDREA, *et al. Microeconomic theory*. Oxford: Oxford University Press, 1999, pág. 7. Que las preferencias sean transitivas implica que el agente no puede afrontar sus preferencias al modo de un ciclo, es decir, si prefiere al bien A sobre el bien B, y el bien B sobre el bien C, entonces no puede preferir C sobre A, debe preferir A sobre C. Que las preferencias sean completas implica que el individuo tiene bien definida la preferencia entre dos posibles alternativas.

manipulación de aquellos que como único medio de producción tienen el trabajo y la concentración en manos de pocos de los medio de producción⁴⁸.

Por lo dicho se desarrollaron al interior de las escuelas de economía, a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, teorías distintas que justifican el desarrollo de un intervencionismo de Estado en las acciones de los agentes. A las dos principales se les llama primero, modelo de la falla de mercado, a la segunda se le llamó teoría o modelo de la cooperación.

El modelo de la falla del mercado surge como una nueva interpretación de aquellas razones por las cuales el modelo de competencia perfecta o modelo general competitivo walrasiano⁴⁹ presenta distorsiones. Quizás el principal representante de estos nuevos desarrollos fue PIGOU. PIGOU en su libro *Economía del bienestar*⁵⁰, estableció que era posible eliminar las externalidades como falla del mercado mediante la imposición de una señal al mercado que internalizará a la acción la falla del mercado, como por ejemplo un impuesto o un subsidio.

Ahora bien, el modelo de la cooperación desarrolló otro modo de entender y aproximarse a las imprecisiones de la economía de mercado planteada por los clásicos. Quien desarrolló a *grosso modo* esta teoría fue el neoinstitucionalismo, encabezado con RONALD COASE⁵¹. El modelo de la cooperación simplemente indica qué, desde el punto de vista económico, es más efectivo que la intervención estatal directa, mirar al consumidor, a la firma, al mercado y a la ley, como diferentes vías de tipo institucional, las cuales permitirán

48 La pregunta que surge es: ¿si este era el fin de la intervención económica, por qué aún hoy, donde la intervención está en sus niveles máximos, los problemas resaltados son incluso más graves?

49 Véase: WALRRAS, LEON, *Elementos de una teoría pura de la economía*. Madrid: Alianza Editorial, 1989.

50 Véase: PIGOU, A., *Economics of wealthfare*. Londres: McMillan, 1920.

51 También veremos este tema en la segunda parte de este libro.

afrontar de un mejor modo cualquier problema de la organización económica⁵² reflejados en los costos de transacción y el oportunismo de los agentes.

Como podemos apreciar, entre otras, se han postulado dos justificaciones del porqué debe existir intervencionismo legal en las actividades que tradicionalmente llamamos económicas. Éstas tienen en común que suponen la existencia de mecanismos o instrumentos que permitirán la solución de dichas fallas. Pero, difieren en que el primero supone que la economía presenta un conjunto de herramientas que llevan a una nueva asignación de recursos eficiente, mientras que el segundo modelo piensa que el problema está dado, no tiene solución inmediata, sino que es necesario estudiar la organización y los costos de transacción de las mismas para desarrollar una teoría de la aplicación del derecho en la economía.

Ahora vamos a estudiar más profundamente el modelo de la falla de mercado pues este es quizás el referente directo en el desarrollo de las políticas públicas en lo que se cree constituye una falla del mercado.

52 GUTIÉRREZ P., HERNANDO, El análisis económico del derecho: perspectivas para el desarrollo del derecho económico. Revista *Universitas* Ciencias Jurídicas, N° 100. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2000, págs. 35 y sigs.

4. EL MODELO DE LAS FALLAS DEL MERCADO

Como dijimos el modelo de las fallas del mercado parte del concepto del mercado competitivo desarrollado por LEON WALRRAS⁵³. Para este autor los mercados perfectamente competitivos se caracterizan por varios supuestos, es decir:

- (1) Muchos compradores motivados por el interés propio y actuando para maximizar su utilidad;
- (2) Muchos vendedores también motivados por el interés propio y actuando para maximizar sus beneficios;
- (3) Tanto compradores como vendedores no tienen la capacidad de generar ningún tipo de control sobre los precios del mercado y por ello son tomadores de precios;
- (4) El precio que surge de las presiones de demandantes y oferentes sirve como una guía para los agentes comunicando la escasez del bien, servicio o factor tranzado;
- (5) Los productos están estandarizados, es decir, son homogéneos, en cada mercado;
- (6) No hay barreras de entrada o salida del mercado, entonces consumidores y productores son libres de entrar o dejar el mercado de productos y factores;
- (7) Tanto compradores como vendedores están completamente informados en lo que respecta a las transacciones de mercado y, por ello, poseen previsión perfecta de las transacciones de mercado;
- (8) Todos los bienes y servicios del mercado son mantenidos en propiedad privada estando todos ellos bien definidos y asignados; y

53 Cfr. WALRRAS, LEON, *op. cit.*

(9) Las leyes de contratación, los derechos de propiedad y las normas de responsabilidad civil son completamente garantizadas por parte del Estado⁵⁴.

Ahora bien, estos nueve puntos pueden ser reagrupados en tres características de los mercados de competencia perfecta las cuales permitan determinar que, dada una falla en cualquiera de estas características, se genera una falla en el mercado⁵⁵. Estas características son:

- 54 Estos puntos son enumerados de una manera más extensa por: MERCURO & MEDENA, *op. cit.*, págs. 13 y sigs. También véase: VARIAN, HAL. *Microeconomía intermedia*. Barcelona: Anthony Bosch, 1998.
- 55 En términos de las condiciones matemáticas del equilibrio general competitivo, para que haya equilibrio, es necesario que el Beneficio Marginal Social (BMgS) sea igual al Costo Marginal Social (CMgS). Para llegar a esta condición, previamente debemos establecer otras condiciones de equilibrio. Así, el BMgS debe ser igual al Benéfico Marginal Privado (BMgP), esto quiere decir que un incremento en el beneficio de la sociedad por una transacción no es diferente del incremento en el beneficio privado de una transacción. Así, no hay externalidades positivas o negativas en el consumo. Este BMgP debe ser igual al Precio del Producto (P), es decir, que el precio que un individuo paga por una cierta cantidad de un bien específico es exactamente igual al beneficio marginal de la última unidad adquirida. La siguiente condición dice que P es igual al Costo Marginal Privado (CMgP), es decir, que el precio de mercado es igual al costo marginal privado de producir dicho bien. Por último, la condición que equilibra el sistema dice que, el CMgP es igual al CMgS, de manera que un incremento en el costo privado de una firma en la producción de un producto no es en nada diferente del incremento en el costo que incurre la sociedad. Así, no hay externalidades negativas en la producción.

La satisfacción de estas cuatro condiciones asegurará que el CMS sea igual al BMS. El siguiente cuadro resume las condiciones planteadas:

	<u>Condiciones de</u>	<u>Equilibrio*</u>
a)	BMgS =	BMgP
b)		BMgP=P
c)		P=CMgP
d)		<u>CMgP=CMgS</u>
		Entonces, BMgS = CMgS lleva a una asignación de recursos Pareto eficiente.

*Cuadro extractado de MERCURO & MEDENA, *op. cit.*, pág. 16.

1. Los agentes del mercado maximizan, son tomadores de precios y no hay barreras de entrada o salida del mercado. Esto quiere decir que ninguno de ellos tiene la capacidad o el poder de, por sí sólo, influenciar los precios del mercado sea por intermedio de las cantidades producidas o de la variación del número de agentes.
2. Los bienes y servicios transados en el mercado son homogéneos, están en cabeza de propiedad privada y los derechos de propiedad son garantizados por el Estado. Cuando se dice que el bien es homogéneo se busca analizar los bienes de un mercado particular para que puedan ser sujetos a adición como lo que efectivamente son. Así pues, aun cuando sean sustitutos, no es posible sumar peras con manzanas, a menos que estemos mirando el mercado agregado de las frutas. Por otro lado los derechos de propiedad y su garantía permiten que la asignación de bienes y servicios en el mercado se manejen de forma eficiente sin hoyos derivados de la imposibilidad de definir el titular del bien.
3. La información de los participantes en el mercado es simétrica y completa y, por ello, cada uno de los agentes posee previsión perfecta. Esto quiere decir que, en el mercado, ninguno de los agentes posee más información que otro, de manera tal que cada uno sabe que saben los demás y los demás saben que cada uno de los participantes sabe lo que los demás saben, de modo que todos saben que cada uno sabe que ellos saben lo que los demás saben y los demás saben lo que ellos saben. Así, teniendo claro que nadie tiene ventajas en la información, podemos deducir que todos tienen la capacidad de prever perfectamente el comportamiento de los demás, de manera tal que es posible determinar para todos previamente cuál será el efecto de la acción de cada agente.

Teniendo en cuenta estos supuestos, podemos decir que las fallas del mercado competitivo se presentan cuando no funciona o se genera alguna ineficiencia en el desarrollo de alguno de estos supuestos.

Entonces, podemos identificar fallas del mercado en relación con los agentes, los precios, los bienes y servicios, y la información del mercado. Vamos a analizar estas fallas del mercado y las soluciones que los economistas han dado a las ineficiencias presentadas en ellas para tener un mejor espectro de lo que los tratadistas del enfoque de la falla de mercado tienen en mente al decir que la presencia de aquellas es la justificación de la intervención o regulación en la economía. Luego abordaremos la crisis de este modelo.

4.1. EL PODER DE LOS AGENTES COMO FALLA DEL MERCADO

Tal como lo indicamos previamente, en el modelo de mercado competitivo, se asume que tanto consumidores como productores actúan como precio aceptantes. Sin embargo, existen mercados en los que algunos agentes poseen poder de mercado, es decir, estos agentes por ser pocos a un lado del mercado (consumidores o productores) tendrán la capacidad de cambiar los precios lejos del nivel de mercado competitivo. Así, nos referimos a aquellas situaciones en las que la ineficiencia del mercado competitivo se determina porque algún o algunos de los agentes tienen la capacidad de afectar el mercado de tal forma que llegan a eliminar su calidad de precio aceptantes, para ser precio decisores.

Las formas de poder de mercado, entonces, se dividen según el lado en el cual se presenta el número reducido de agentes que pueden decidir sobre el precio. Así, del lado de la demanda la doctrina económica ha dicho que existen tres fenómenos de poder de mercado: si hay un único consumidor habrá monopsonio; si hay dos consumidores habrá duopsonio y; si hay más de tres consumidores que no son precio aceptantes habrá oligopsonio. Por el lado de la oferta, los posibles fenómenos son: el monopolio si sólo hay un oferente; el duopolio si hay dos oferentes y; el oligopolio si hay más de dos oferentes y éstos no son precio aceptantes.

El fenómeno de poder de mercado cuyo análisis es más común es el monopolio. Éste se presenta cuando existe un único productor. Debido a su importancia para el análisis económico de casos en el derecho de la competencia, vamos a hacer un repaso rápido por la teoría del monopolio.

4.1.1. EL MONOPOLIO

Tal como lo dijimos, es una de las posibles estructuras del mercado en la que, a diferencia de la estructura competitiva, sólo se presenta un productor el cual tiene un derecho exclusivo de venta⁵⁶. El productor, al igual que cualquier otro productor en la estructura competitiva, tiene como único problema maximizar sus beneficios pero a diferencia de esta, el productor no es *precio aceptante*, sino *precio decisor*. Así, el problema del monopolista es:

$$\begin{aligned} \underset{p, y}{\text{Max}} \quad & \Pi = I(y) - C(y) & (1) \\ \text{s.a.} \quad & D(p) \geq y \end{aligned}$$

El problema se dice que es, entonces, que el monopolista debe maximizar sus beneficios teniendo en cuenta las variables objetivo, éstas son la producción, y , y el precio, p . La solución del problema está sujeta a una restricción dada por la demanda, $D(p)$, que es una función del precio, y la cual debe ser mayor o igual a la producción⁵⁷.

La solución a este problema del productor es:

$$I'(y) = C'(y) \quad (1.1)$$

56 VARIAN, HAL, *Análisis microeconómico*. Barcelona: ANTHONY BOSCH, 1998, págs. 252 y sigs.

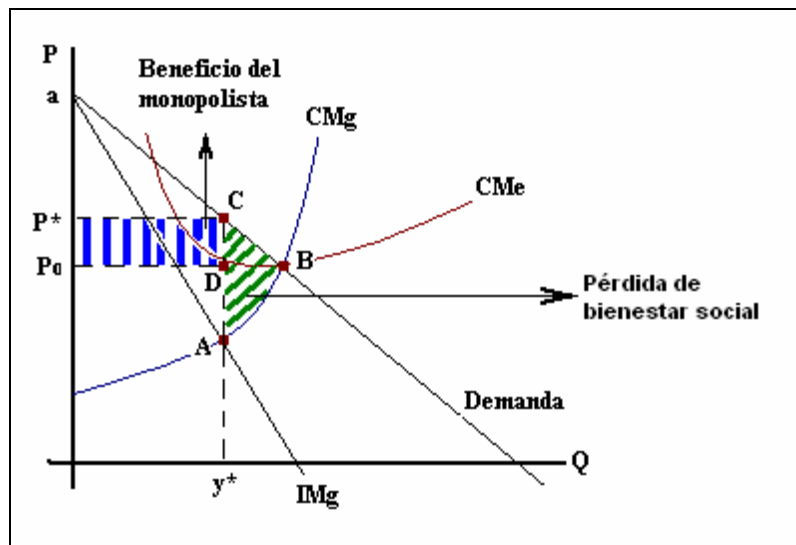
57 *Ibidem*, pág. 254.

es decir, que el ingreso marginal sea igual al costo marginal. Como vemos esta es la misma condición de maximización que se presenta en los mercados de competencia perfecta, la diferencia está en que, en competencia perfecta, la igualdad incluye el precio, así:

$$I'(y)=C'(y)=p \quad (1.2)$$

Entonces, podemos ver que no necesariamente el monopolista debe hacer igual su precio al costo marginal y al ingreso marginal, sino que el monopolista puede maximizar incluso si el precio es diferente del costo marginal y el ingreso marginal. Así, la característica de ineficiencia del monopolio, o lo que hace al monopolio ineficiente es que el productor tiene la capacidad de maximizar sus beneficios observando la función de demanda así puede modificar el precio del producto y las cantidades producidas, por ello se presentan unas cantidades ofrecidas reducidas y por ello unos precios altos. Lo anterior lo podemos ver en el gráfico 1, así:

GRÁFICO 1



Podemos ver que en el punto A, el costo marginal, CMg, es igual al ingreso marginal, IMg. Así pues, en relación con las cantidades, en el punto A, el monopolista maximizará su beneficio en y^* , donde y^* representa la cantidad producida que maximiza el beneficio. En el punto C, se representa el precio en el que el monopolista maximiza su beneficio, al precio P^* .

Además de lo dicho, hay dos áreas que debemos resaltar de este análisis gráfico. La primera es la que determina el beneficio adicional del monopolista. Esta es el área cuyas esquinas son los puntos P_0 , P^* , C y D. Esta es la ganancia adicional que puede percibir el monopolista debido a su poder de mercado. Esto se debe a que el monopolista escoge el precio al que maximiza su beneficio y como él observa la pendiente negativa de la demanda, para poder determinar un precio alto, simplemente reduce las cantidades ofrecidas en el mercado y resulta entonces una pérdida de eficiencia por una ganancia del monopolista.

Otra área que debemos resaltar es la que define sus contornos por los puntos C, A y B. Ésta define la pérdida social que genera el monopolio. Estas pérdidas equivalen al sacrificio social por la presencia del monopolio y es este sacrificio o costo externo el que “justifica” la intervención estatal del monopolio por medio de regulación⁵⁸.

Otra de las características del poder de mercado que confiere el monopolio al monopolista es la capacidad de generar procesos de discriminación de precios los cuales le permitan maximizar. *Discriminar precios* significa, en términos generales, vender las unidades del mismo bien a precios distintos a diferentes

58 Este justifica está entre comillas pues los costos externos no son justificación de intervención, de ser así, toda transacción justificaría intervención pues en toda transacción hay ganadores y perdedores, y es un sin sentido suponer que cada vez que alguien pierda se genere un proceso de intervención del Estado.

demandantes⁵⁹. Esta es una estrategia viable si el monopolista puede clasificar los consumidores y controlar la reventa del producto. Si posee esta información, o según el grado de conocimiento de la información, el monopolista puede generar tres tipos de discriminación de precios. Según PIGOU⁶⁰, hay tres tipos de discriminación de precios:

- (1) La discriminación de precios de primer grado o perfecta. En este tipo de discriminación el vendedor cobra un precio diferente por cada unidad del bien de manera tal que el precio que cobra por cada unidad es igual a la disposición a pagar del consumidor por dicha unidad.
- (2) La discriminación de precios de segundo grado o fijación no lineal de precios, se presenta cuando los precios difieren según el número de unidades del bien que se compren pero no de unos consumidores a otros. Así, cada consumidor se enfrenta al mismo vector de precios, pero éstos dependen de las cantidades adquiridas por los consumidores, y
- (3) La discriminación de precios de tercer grado, es aquella en la que se cobran precios distintos a los diferentes compradores, pero cada uno de ellos paga una cantidad constante por cada una de las unidades que compra del bien⁶¹.

4.1.2. EXTERNALIDADES

Los bienes en la economía deben tener unas características tales que permitan cumplir con las condiciones de maximización del beneficio

59 MAS COLELL, *et al.*, *op. cit.*

60 Cfr. PIGOU, A., *op. cit.*

61 VARIAN, *op. cit.*, págs. 284 y sigs.

y la utilidad planteadas en los partes anteriores. Ahora bien, hay un conjunto de bienes que, por no cumplir dichas características, se califican por la economía tradicional como generadores de ineficiencias debido a la asignación y maximización del beneficio.

Las externalidades son uno de los principales problemas de ineficiencia en el desarrollo de mercados competitivos. Esto es, porque ellas se refieren a un bien que un agente económico suministra a otro, sin que exista ningún tipo de transacción económica directa entre dichos agentes, y el cual afecta la función de beneficio o utilidad, positiva o negativamente⁶².

Entonces, una externalidad está presente cuando las acciones de un agente económico afectan el entorno de otro agente⁶³, de manera tal que las externalidades pueden ser clasificadas según si afectan el consumo o si afectan la producción. Hay *externalidad en el consumo* cuando las acciones de un agente (productor o consumidor) afectan el entorno de utilidad de un consumidor. Por otro lado, hay *externalidad en la producción* cuando las acciones de un agente (productor o consumidor) afectan la frontera de posibilidades de producción de un productor. En conclusión, la externalidad indica una relación de no mercado en la que un agente no puede elegir el bien o servicio que desea incluir en su canasta de bienes o en su función de producción⁶⁴.

Cuando decimos afecta, los decimos en dos sentidos; en sentido positivo, cuando las acciones del tercero conceden un beneficio adicional en la producción o una utilidad mayor en el consumo; se entiende que las acciones del tercero ofrecen una externalidad en sentido negativo cuando la acción del agente afecta las posibilidades

62 SPULBER, DANIEL, *Regulation and markets*. Cambridge, Massachusetts: The MIT, 1989.

63 VARIAN, HAL, *op. cit.*, pág. 507.

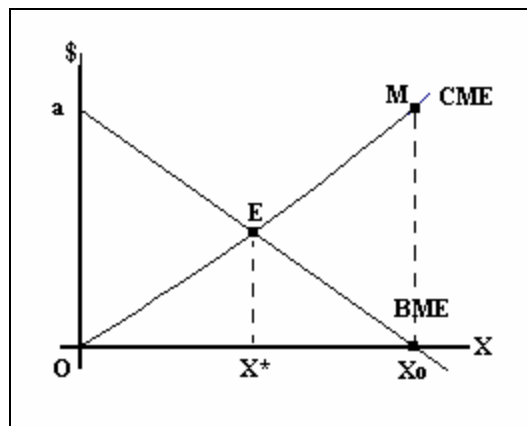
64 VARIAN, HAL, *Microeconomía intermedia*. Madrid: ANTONI BOSCH, 2001, págs. 579 y sigs.

de producción de otro agente pues las reduce, las hace más costosas o disminuye la utilidad del agente que recibe dicha externalidad. A las externalidades en sentido positivo, generalmente se les clasifica como bienes públicos, a las externalidades en sentido negativo se les llama externalidades negativas. Vamos a estudiar cada una de ellas para entender el entorno y la ineficiencia que ellas crean.

4.1.3. EXTERNALIDADES NEGATIVAS

Para explicar las externalidades negativas vamos a analizar las generadas por la contaminación ambiental. En términos estrictos, vamos a analizar el caso en que una empresa produce contaminación y ésta afecta tanto a los productores aledaños como a los consumidores. De este modo, el productor emite una contaminación x , la cual le permite maximizar sus beneficios pues no incurre en costos para reducir la cantidad de contaminación que desecha en el medio natural. Por otro lado, los consumidores y los otros productores que se ven afectados por la acción del productor que contamina ya que deben asumir unos costos adicionales por la acción del agente. En el gráfico 2 podemos ver los efectos de estas acciones así:

GRÁFICO 2



En el punto X_0 , la contaminación es máxima y el beneficio del productor por contaminar es máximo, tal como lo indica la función de beneficios marginales por contaminar o beneficios marginales de la externalidad, BME, es igual a cero en X_0 ⁶⁵. Por otro lado, vemos que el costo de la contaminación con la emisión X_0 , es igual al área OMX_0 , la cual es máxima dado el nivel de emisiones X_0 . Como vemos, hay una desproporción entre los beneficios de la contaminación y los costos sociales de la misma, los cuales generan un desequilibrio el cual es causado por la ineficiencia en la asignación de recursos.

Con todo, el gráfico nos muestra que existe un punto, E , en el cual es posible lograr un equilibrio económico, con eficiencia paretiana. Este punto indica que existe una contaminación X^* la cual permite alcanzar un beneficio marginal de la externalidad igual al costo marginal de la misma. Ahora bien, es necesario hacer que el sistema de mercado desarrolle una solución basada en la simple acción de los agentes. Así, las posibles soluciones son:

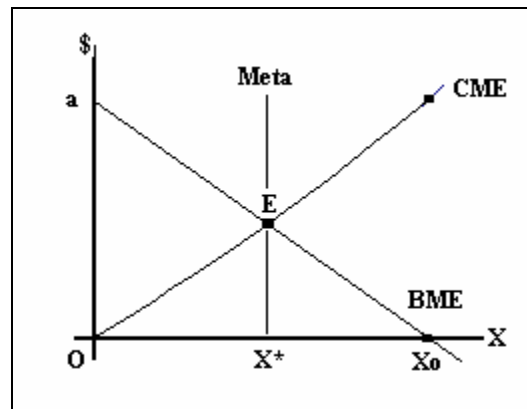
4.1.3.1. Soluciones de comando y control

La solución de comando y control es la más sencilla de las soluciones a la contaminación pero la que más problemas causa. En ésta la autoridad ambiental establece una meta de contaminación que debe ser igual al monto de contaminación óptima. Si un productor excede dicha meta, se expone a las sanciones por contaminar, las cuales deben ser mayores que los beneficios de contaminar.

Así, gráficamente la solución es la siguiente:

65 Debemos recordar la condición de maximización según la cual el beneficio es máximo cuando el beneficio marginal es igual a cero, 0.

GRÁFICO 3



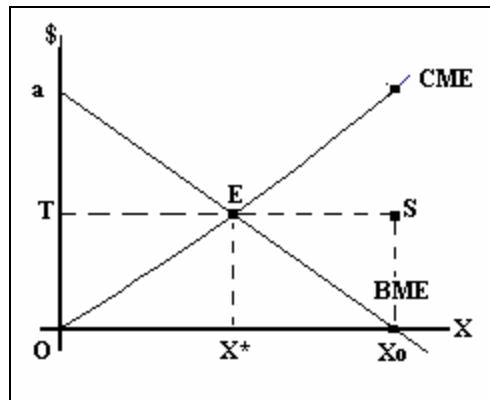
Así, como vemos en el gráfico 3 se llega a la solución óptima por imposición directa, hecha por la autoridad ambiental. El problema de esta solución es que no tiene en cuenta que adquirir la información necesaria para determinar cuál es la contaminación óptima es muy costosa y casi imposible de lograr pues es necesario conocer el costo marginal en que incurre cada uno de los afectados con la contaminación y los beneficios marginales de la contaminación.

4.1.3.2. Soluciones impositivas

Las soluciones impositivas buscan hacer que, con la inclusión de un impuesto, la firma misma internalice en su función de beneficios de la externalidad los costos por contaminar que se le causan a la sociedad. Así, la firma, al resolver su problema de maximización incluirá como un *ítem* dentro de sus costos un impuesto por unidad de contaminación, llamado impuesto pigouviano, el cual es igual a los costos sociales de la externalidad. La solución a este problema es emitir unidades de contaminación hasta el punto en que la contaminación genera unos beneficios marginales iguales a los costos marginales de la contaminación. Así, se llega al punto E,

donde BME es igual a TX^* que es igual a CME. Gráficamente la solución es:

GRÁFICO 4



Podemos ver que, dada la emisión de contaminación X_0 , la firma debe pagar al fisco el área $OTSX_0$, pero como el productor maximiza, sabe que esa área es mayor que la presente debajo de la función de BME, por ello reduce su contaminación hasta que los BME sean iguales a los pagos al fisco, esto es en el punto E, con una emisión X^* , es decir, un área de costos $OTEX^*$ y un área de beneficios $OaEX^*$, en la que es igual el CME y el BME.

4.1.3.3. Los derechos de propiedad

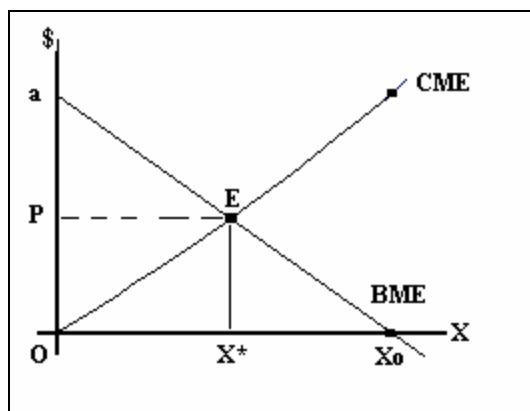
Otra solución a los problemas de externalidades es determinada por la correcta y garantizable asignación de los derechos de propiedad. Esta solución la fundamentan los miembros de la escuela neoclásica en el teorema de Coase, según el cual, sin importar a quién se le asignen los derechos de propiedad sobre determinado recurso, si los derechos de propiedad sobre el mismo son claros, son garantizados

y los costos de transacción son cero, siempre se llegará a una transacción óptima de dichos derechos⁶⁶.

En términos estrictos, se supone que las transacciones llevarán al equilibrio del mercado puesto que quien sufre el daño por la contaminación, o quien no puede contaminar, pagará hasta que el beneficio de reducir la contaminación o el beneficio de contaminar sea igual al costo marginal de la contaminación. Así, se llegará a una asignación eficiente de recursos. El único problema que surge de esta solución es de tipo ético, debido a que la asignación de los derechos en cabeza de uno u otro grupo dará al grupo beneficiado mayor riqueza pues la asignación afecta positivamente la restricción presupuestaria de aquel al que se le asignaron los derechos de propiedad, suponiendo que la asignación fue gratuita.

Esta solución se representa en el gráfico 5 así:

GRÁFICO 5



66 MAS COLELL, *op. cit.*

Suponemos que el productor que produce contaminación tiene el derecho a contaminar pues el lugar en el que expulsa sus desechos son bienes de uso público y, por ello la asignación del derecho fue definida en cabeza de ellos. Los demás deben adquirir o negociar con el productor el derecho que éste tiene de contaminar. Entonces, se debe pagar un precio por cada unidad de contaminación que deje de emitir. La transacción llega a su óptimo en el punto *E*, donde el productor que contamina iguala los beneficios por contaminar con el costo de los demás por la contaminación.

4.1.4. LOS BIENES PÚBLICOS

Primero, debemos definir qué se entiende por bien público. Para ello debemos aclarar que no nos vamos a centrar en la clasificación de los bienes según su efecto precio, es decir, las variaciones de la demanda de un bien debido a cambios en el precio, o en su efecto renta, es decir, las variaciones en la demanda de un bien debido a cambios en la renta del consumidor. Nuestro objetivo, es explorar las clasificaciones de los bienes según las características estáticas del uso, esto es, la “rivalidad” y la “excluibilidad” de los bienes con respecto al consumo.

Entremos en materia. Un bien es *rival* si su consumo por parte de un individuo reduce la cantidad de dicho bien que pueden disponer los demás consumidores. Por otro lado, un bien es *excluyente* si es posible excluir de su consumo a por lo menos una persona⁶⁷. Tomando estos elementos, la doctrina económica ha distinguido los bienes públicos de los bienes privados, diciendo que un bien público es aquel que es *no rival* y *no excluyente*, es decir, su consumo por parte de un individuo *no* reduce la cantidad de que pueden disponer los demás y, además, *no* es posible excluir de su consumo por lo

67 VARIAN HAL, *Análisis...*, *op. cit.*, págs. 507 y sigs.

menos a una persona, respectivamente. Un ejemplo simple de un bien público es el “alumbrado público”, pues “la cantidad de farolas que hay en una determinada área es fija”, así, “cualquier persona puede consumir la misma cantidad que otra y la cantidad que consume una de ellas no afecta a la cantidad de la que puede disponer la otra”⁶⁸, lo que hace al bien *no rival*. Asimismo, “el hecho de que alguna persona consuma este bien no excluye de su consumo a la otra”⁶⁹, pues el uso de la “luz” generada por cada farola no acaba o extingue el bien, de modo que puede ser usada dicha “luz” por cualquier otra persona. Otros ejemplos de este tipo de bienes son la policía, las carreteras, el sol⁷⁰, el aire, el mar, etc.

Los bienes privados puros, por su parte, son aquellos que son rivales y excluyentes, como por ejemplo una manzana, pues su consumo por parte de un individuo reduce la cantidad de que pueden disponer los demás y, además, el consumo hace fungible el bien, de manera que se excluye de su consumo por lo menos a una persona. Aún así, existen otros bienes denominados privados intermedios, mejor denominados como bienes públicos intermedios, pues pueden ser no rivales pero son excluyentes. Como por ejemplo tenemos la televisión privada o por cable, para la cual, el consumo de un individuo no reduce el posible consumo de los demás pero sólo puede consumirlo aquel que tenga la oportunidad de pagar la renta por el decodificador⁷¹. A su vez, el bien puede ser rival pero no excluyente, es decir, su consumo reduce el consumo de los demás

68 *Ibidem*.

69 *Ibidem*.

70 Con todo, la empresa y el ingenio humano con el desarrollo de nuevas tecnologías podrían generar mecanismos de exclusión en este tipo de bienes. Por ejemplo, en el programa de televisión “Los Simpsons”, el señor Berns para monopolizar el manejo de la energía en Springfield, construyó una máquina que permitía bloquear la llegada de luz solar al pueblo. De este modo hizo excluible un bien que parecía tener naturaleza no excluyente y no rival.

71 *The economist*. Markets for ideas. April 14th 2001, pág. 72.

pero puede consumirlo cualquiera, pues su uso por parte de un individuo no acaba con la potencialidad de uso por parte de otros. Como ejemplo podemos mencionar una laguna, ésta no se extingue por el uso de mucha gente, pero puede llegar un punto en que esté tan abarrotada de personas que nadie más pueda usarla en ese momento.

Una vez hemos aclarado la naturaleza de los bienes públicos, nos podemos preguntar ¿es eficiente producir de modo privado un bien público? La respuesta de la economía neo-clásica es no. No es eficiente puesto que se presenta el fenómeno del *free rider*. Un *free rider* es un agente *oportunistista* que observa que otro agente adquiere el bien público y debido a que dicho bien es no excluyente y no rival, no asume ningún costo para adquirirlo.

Veamos el caso en un problema tradicional de la teoría de juegos. La pregunta a resolver es, hasta qué punto se hace eficiente proveer u ofrecer privadamente bienes públicos⁷². Supongamos que hay dos agentes en la economía a los que denominaremos jugador A y jugador B. Cada uno de los agentes decida de modo privado comprar el bien público. Como el bien tiene naturaleza pública, ninguno de los agentes puede excluir de su consumo al otro, y además, de consumirlo uno el otro puede consumirlo en la misma medida o, mejor dicho, sin detrimento de la utilidad que le puede proveer el bien. Veamos en una las posibles estrategias de los agentes:

72 Para una explicación exhaustiva, algo más formal, véase: VARIAN, HAL. *Análisis microeconómico, op. cit.*, págs. 487 y sigs.

		Jugador B	
		Comprar	No comprar
Jugador A	Comprar	-20 -20	-20 -60
	No comprar	60 -20	0 0

Si el jugador A compra el bien, obtiene unos beneficios por el valor de 60, pero si tiene que pagar 80, pues perderá 20. Si el jugador A compra, el jugador B se beneficia, por la naturaleza del bien, y obtiene, sin costo alguno, beneficios por 60. Así, el jugador B es oportunista y actúa como un *free rider* (polisón o colinchado) por la acción del jugador A. El mismo proceso inverso de decisión puede hacer el jugador A, pues de comprar el bien el jugador B, éste pierde 20, mas el jugador A se beneficia en 60. Si los dos deciden comprar el bien, ellos perderán 20, individualmente. Por último, si ninguno compra el bien, ninguno perderá nada.

La mejor estrategia o la estrategia dominante es, entonces, optar por no comprar y esperar que el otro jugador compre el bien, de manera que, es posible que nadie compre el bien. En un escenario mercantil, ningún productor estará incentivado a producir dichos bienes pues es posible que se compren tan pocas unidades del bien que el productor pierda dinero con el desarrollo de dicha actividad, lo cual desincentiva al productor a comprar el bien⁷³.

73 Este problema, como se puede apreciar, es abordado acá de forma estática, más no de forma dinámica. Dinámicamente ningún bien es público, en tanto que siempre será posible desarrollar un mecanismo que haga exclusivo al bien, impidiendo el oportunismo. Véase MÁRQUEZ, PABLO, "Incentivos a la creación de información e innovación", *Derecho y sociedad*, N°24, Lima, Perú, 2005.

La solución a la ineficiencia que genera la externalidad positiva de los bienes públicos es un subsidio. Como el productor sabe que el bien público no tendrá una demanda similar a la de un bien privado, la mejor forma de incentivar su producción es dándole al productor un *subsidio* que compense las pérdidas de ingresos debidas a la naturaleza del bien.

4.2. INCERTIDUMBRE, RIESGO E INFORMACIÓN ASIMÉTRICA

Tal como lo mencionamos en el aparte anterior, el riesgo y la información asimétrica se constituyen en otros modos de ineficiencias en el desarrollo de las transacciones de mercado y del logro del equilibrio general competitivo. El riesgo muestra la falta de información de los agentes o la imposibilidad de la previsión perfecta. La información asimétrica indica que es imposible que los agentes tengan la misma información en el desarrollo de sus transacciones de mercado.

4.2.1. INCERTIDUMBRE Y RIESGO

Tal como lo señala COLOMA⁷⁴, existen numerosas situaciones en las que los agentes económicos deben tomar decisiones sin tener presente o sin previsión perfecta de los efectos de sus acciones. Esto se presenta por varios motivos referidos a la naturaleza humana y a la del sistema de mercado⁷⁵, pero el principal es que los agentes no

74 Cfr. COLOMA, GERMÁN, Apuntes para el análisis económico del derecho privado argentino. Universidad CEMA, en: <http://www.cema.edu.ar/publicaciones/download/documentos/156.pdf>. Este acápite lo hemos fundamentado en el texto de Coloma debido a la sencillez explicativa que éste utiliza para desarrollar un tema tan complejo como lo es la aversión al riesgo.

75 Véase el capítulo, *Uncertainty* de MISES, L.V. Human action. The scholar's edition. Mises Institute: Auburn, Alabama, 2003.

conocen cuáles son las variables de decisión involucradas o no conocen el efecto de las mismas. En las situaciones en que un agente no tiene ningún tipo de información respecto de la situación a la que se enfrenta, y por tanto, una previsión nula de los posibles efectos de su acción se dice que este agente está en incertidumbre. La incertidumbre implica, inseguridad absoluta sobre el resultado futuro de una acción o de un acontecimiento. A diferencia de las situaciones de riesgo, en la incertidumbre no se conoce *la probabilidad* de que ocurra el posible efecto de la acción o acontecimiento. La incertidumbre es entonces la situación de extrema ignorancia en que se encuentra un agente económico, ante una acción que requiere deliberación, y en la que por la falta total de información no puede determinar el resultado o posible resultado de su acción o de la acción de los demás agentes⁷⁶.

Ahora bien, para los economistas, la incertidumbre se elimina con información que permita la asignación de cierta probabilidad a la ocurrencia de los hechos posibles anticipados por el agente económico. Así, si el agente sabe que existe una probabilidad de ocurrencia del hecho puede intuir cuál es el riesgo en el ejercicio de su acción. Al no conocer el efecto exacto, al no tener perfecta previsión del efecto de su acción, supone una duda respecto de la posible ganancia o pérdida al ejercerla. La falta de previsión que origina el riesgo puede ser exógena cuando tiene fuentes externas al mercado y, por ello, las acciones de los agentes no afectan el riesgo de mercado, y fuentes endógenas en las que los hechos

76 La incertidumbre o la aceptación de la incertidumbre en las ciencias parte de los estudios de HEISENBERG, según los cuales no es posible idear una metodología para localizar la posición de la partícula subatómica siempre que no estemos dispuestos a aceptar la incertidumbre absoluta respecto a su posición exacta. Ello implica un reconocimiento de la ignorancia para iniciar el proceso de racionalización de la probabilidad. Para una referencia más amplia véase: TREFIL, J., *De los átomos a los quarks*. Barcelona: Salvat Editores.

causantes de la imprevisibilidad son internos al mercado y, por ello, las acciones de los agentes le imprimen incertidumbre al mercado⁷⁷.

Según lo dicho, el riesgo depende entonces del valor asignado a las variables que presentan ausencia de información sobre su comportamiento. Estas variables representan la “posible” ocurrencia de un hecho. A este hecho, por ser incierto, se le asigna cierta probabilidad de ocurrencia. Esta probabilidad puede ser modelada de modo que dependa su valor de otro conjunto de hechos ciertos, de manera tal que, aunque no se tenga certeza sobre el hecho incierto, sí se tenga certeza sobre el valor de su probabilidad de ocurrencia. Las variables que forman esta probabilidad pueden ser objetivas, de modo que son conocidas por todos los agentes del mercado, o pueden ser subjetivas, de modo que dependen de las creencias o intuiciones que los agentes asignan a las situaciones alternativas.

El ejemplo más sencillo de asignación de probabilidad es el del juego “cara y sello”. Cuando se arroja la moneda al aire, la probabilidad que ésta caiga en su “cara” es del 50% y que ésta caiga en “sello” es también del 50%. Esta probabilidad se asigna objetivamente pues se supone que sólo hay dos hechos de posible ocurrencia, sea que caiga en “cara” o en “sello”. También es posible asignar una probabilidad 60% a “cara” y 40% a “sello”, esto teniendo en cuenta que es posible que la moneda tenga un peso adicional cargado a la “cara”, en este sentido la probabilidad de ocurrencia del hecho no sólo depende de las posibilidades sino del peso. Así, asigna la probabilidad pues determina la posibilidad de ocurrencia por cierto conocimiento teórico —que el desequilibrio en peso de cada cara afecta la trayectoria de la moneda. También, subjetivamente, un agente puede asignarle 100% a “cara” y 0% a “sello” pues siempre que ha jugado “cara” ha ganado. Así, asigna

77 VARIAN, HAL, *Microeconomía ...*, op. cit.

subjetivamente, independiente de las posibilidades, una probabilidad a cierta opción por puros elementos místicos⁷⁸.

En términos económicos, se usa el concepto de valor esperado o utilidad esperada para determinar cuál será la decisión óptima de un agente en ausencia de información. Ésta surge del cálculo del promedio de la utilidad o el valor esperado de cada una de las opciones. Así, en el caso de un consumidor, si el agente tiene dos opciones, el agente asigna una probabilidad δ a la posibilidad de consumir la cantidad Q_1 de un bien y le asigna la probabilidad $(1-\delta)$ a la posibilidad de consumir la cantidad Q_2 del mismo bien. Así, el cálculo de la utilidad esperada se determina por la siguiente fórmula:

$$Ve = \delta V(Q_1) + (1-\delta) V(Q_2) \quad (2)$$

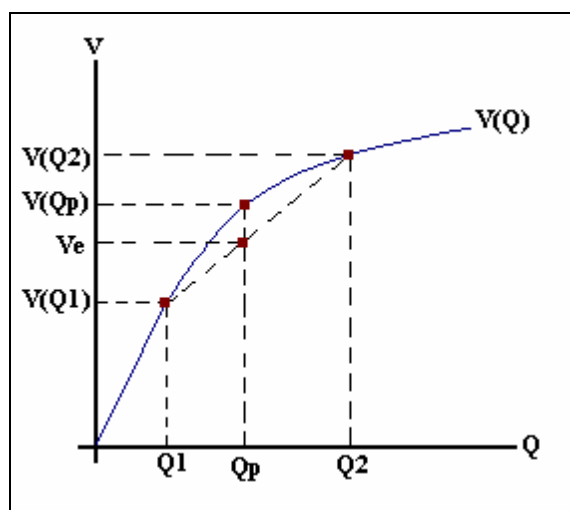
Donde v es una función que asigna un valor al consumo de Q . Esta función v es creciente con respecto a la cantidad, es decir, a mayores cantidades consumidas mayor valor —utilidad— le asigna el consumidor, con todo ese mayor valor es siempre decreciente, es decir, que si a la cantidad uno le asigna un valor de 5 para la cantidad dos el valor es de 9, de modo que mientras que por la primera unidad el valor por unidad es 5 en la cantidad dos el valor por unidad es de 4.

Así, a esa propiedad de asignar un valor promedio a las opciones (Q_1, Q_2) , se le llama “aversión al riesgo”⁷⁹, pues la persona prefiere la combinación de acciones promedio ponderadas por δ , en vez de optar por una única acción.

78 Para un análisis más profundo de este juego: Cfr. GIBBONS, ANTHONY. *Introducción a la teoría de los juegos*. Madrid: ANTHONY BOSCH, 1999.

79 COLOMA, *op. cit.*, pág. 21.

GRÁFICO 6



En este gráfico vemos cómo la función de asignación de valor “ V ” de una persona adversa al riesgo, en la cual las probabilidades δ y $(1-\delta)$, son iguales a 50%. Así, se le asigna valores diferentes a cantidades diferentes, Q_1 y Q_2 y a la cantidad promedio entre ambas. El valor esperado, V_e , de consumir Q_1 con probabilidad δ y consumir Q_2 con probabilidad $(1-\delta)$, no es otra cosa que consumir el promedio entre Q_1 y Q_2 . Como la función es cóncava con respecto al origen, el valor V_e es menor que el valor asignado al promedio, $V(Q_p)$. Esta es una de las consecuencias de la concavidad de la función, pues si ésta fuera lineal el valor V_e sería idéntico al valor $V(Q_p)$.

Ahora debemos responder cuál es la importancia de este análisis. A primera vista parece que no tiene nada que ver con los problemas jurídicos esta situación, pero, dado que la aversión al riesgo de cada agente es diferente, la creatividad empresarial ha llevado a que los agentes quieran negociar entre sí respecto de la ocurrencia, con mayor o menor probabilidad, de uno u otro suceso. Así, surge el mercado de seguros, en el cual un agente poco adverso al riesgo

presta un servicio a otro agente, muy adverso al riesgo, que desea realizar cierta actividad o estar protegido de las acciones de otros. Se busca entonces que la contingencia que presenta la incertidumbre se reduzca pagando por ello cierto precio a ciertas condiciones.

4.2.2. INFORMACIÓN ASIMÉTRICA

Hay información asimétrica cuando algún agente posee más información que otro agente, sea porque éste no puede conocer todo lo que el otro agente conoce o porque, dada la relación de mercado a éste le es muy costoso conocer lo que el otro conoce. Es claro que en la situación anterior se hace presente una falla estructural del mercado que afecta la eficiencia y teoría que fundamenta el sistema del mercado general competitivo, pues todos los agentes, siempre tendrán baches de información, ya que no son omniscientes y, por ello, son limitados racionalmente.

La principal característica de los mercados que presentan fallas de información está dada porque uno de los agentes conoce o posee más información que el resto respecto de las características del bien que se comercia en el mercado. Entonces, uno de los agentes tiene un conocimiento “oculto” que genera que dicho agente actúe en un contexto de menor incertidumbre que los demás agentes y que, tal interacción, determina divergencias entre los valores de lo que se comercia.

Uno de los primeros en desarrollar una teoría sobre la información asimétrica fue GEORGE AKERLOF quien se hace merecedor del premio Nóbel debido a sus trabajos en información asimétrica, representados principalmente por el artículo *The market for lemons: Quality uncertainty and the market mechanism*⁸⁰. En este ensayo AKERLOF

80 AKERLOF, GEORGE, The market for lemons. Quality uncertainty and the market mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, 1970, No. 84.

muestra cómo la calidad de un bien puede entenderse como un problema de incertidumbre y de información asimétrica. Esto debido a que existe un conjunto de bienes que pueden ser jerarquizados según su calidad. Así, la incertidumbre del consumidor respecto de las diferencias entre productos en su calidad lleva a problemas de eficiencia del mercado determinados por la información asimétrica.

En muchos mercados, los compradores usan información proveniente de estadísticas respecto de la calidad de las compras a realizar. En este caso, hay un incentivo a los vendedores para que bajen la calidad de las mercancías ya que lo que se recibe por mantener la buena calidad lo recibe el grupo entero de vendedores y la venta de mala calidad de uno solo de los vendedores también es absorbida por el grupo entero. Así, hay una tendencia a reducir la calidad de los bienes producidos y en el tamaño del mercado.

El mejor modo de explicar esta falla es el mercado de los automóviles. En este mercado la gente siempre se ha preguntado por qué es diferente el precio de un automóvil en la vitrina al de un automóvil fuera de la vitrina. Normalmente la gente dice que es por la satisfacción que trae consigo sacar dicho automóvil del concesionario. Pero esta explicación dista mucho de la realidad. Por ejemplo, supongamos que existen cuatro tipos de carros, los nuevos, los viejos, los buenos y los limones o, en nuestro contexto, las carcachas (malos). Precisamente, un carro nuevo puede ser un buen carro o un *limón*. Lo mismo para los carros usados. El comprador en el mercado de los carros nuevos adquiere un automóvil sin saber si es un carro bueno o un *limón*. Con todo, todos los compradores saben que hay la probabilidad de que dicho automóvil sea un *limón* por la información que le suministran otros consumidores.

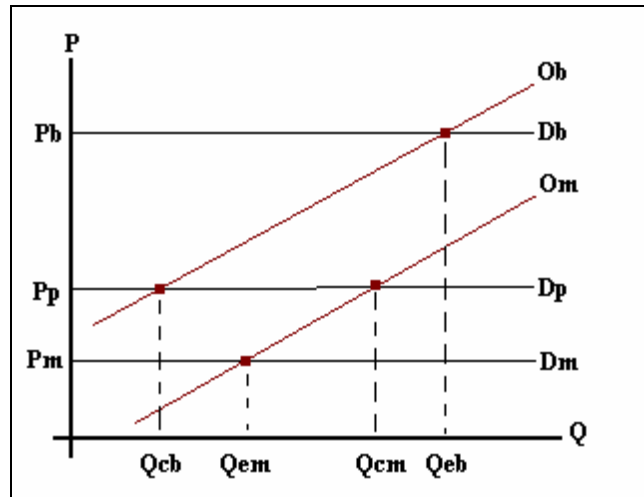
Después de usar un automóvil durante un período, el dueño del carro puede considerar dicho automóvil como bueno o como un *limón*. Igualmente, en el período siguiente asigna una nueva probabilidad a que dicho automóvil sea bueno o un *limón*. Esta nueva estimación es más precisa que la primera estimación. La asimetría en la información disponible se ha formado ya que los vendedores siempre tendrán mejor información sobre la calidad que los compradores, y con todo, el precio de los buenos carros y de los *limones* sigue siendo el mismo aunque ellos son diferenciables en la calidad puesto que es imposible para el comprador saber si un carro es bueno o malo. Aparentemente un carro usado no puede tener el mismo valor que un carro nuevo, puesto que sería más fácil de comerciar limones al precio de nuevos, por lo tanto, el dueño de una buena máquina estaría atrapado en ella y sería para él imposible venderla al precio de un buen carro.

En este sentido es posible concluir que los carros malos sacan del mercado a los buenos ya que, sin importar la calidad, ellos se venden al precio de carros buenos. Este mismo análisis se puede hacer respecto del dinero ya que el dinero malo desplaza al dinero bueno debido a la tasa de cambio⁸¹.

La información asimétrica se presenta como una falla del mercado ya que los carros buenos pueden salir del mercado debido a los *limones*. Este mismo análisis lo podemos hacer de un modo gráfico más formal, tal como lo muestra el gráfico 7.

81 *Ibidem*.

GRÁFICO 7



Vemos que existen dos funciones de oferta de vehículos que dependen de la calidad, una de vehículos buenos, Ob , y otra de vehículos malos, Om . Además, hay tres funciones de demanda que dependen de la calidad, una demanda de vehículos malos, Dm , otra de vehículos buenos, Db , y una demanda promedio por valor esperado, Dp . Esta demanda promedio por valor esperado está dada por la fórmula:

$$Ve(V) = (J * p(BC) + (1 - J) * p(MC)) \quad (3)$$

dónde $Ve(V)$ es el valor esperado del vehículo, J es la probabilidad de obtener un vehículo de buena calidad y $(1 - J)$ es la probabilidad de obtener un vehículo de mala calidad, $p(BC)$ es el precio de un automóvil de buena calidad y $p(MC)$ es el precio de un automóvil de mala calidad.

Teniendo en cuenta las funciones de oferta y demanda encontramos cuatro equilibrios de mercado, uno en que la cantidad eficiente de autos buenos es Q_{eb} y otra en que la cantidad eficiente de autos malos es Q_{em} . La información asimétrica hace que el

equilibrio del mercado se presente cuando la función de demanda D_p , se iguale a O_m y O_b . De ese modo, los equilibrios con información asimétrica son Q_{cb} y Q_{cm} , de manera que el equilibrio con información asimétrica lleva a que la cantidad de autos buenos comerciada sea menor que la cantidad comerciada sin información asimétrica, de modo que $Q_{cb} < Q_{eb}$. A su vez, la cantidad comerciada de autos malos es mayor que la que se presentaría sin información asimétrica, así $Q_{em} < Q_{cm}$.

Vemos un problema de *selección adversa*, en el que se termina comerciando una cantidad mayor a la eficiente de bienes de mala calidad y una cantidad menor de la eficiente en bienes de buena calidad. El efecto de esta acción en el mercado de los *limones* es una disminución en el precio de los automóviles de buena calidad y un aumento en el precio de los automóviles de mala calidad.

¿Cómo solucionar la ineficiencia? El mejor modo de solucionar la ineficiencia, tal como lo dijimos, es enviar una señal al mercado por parte de los dueños de automóviles de buena calidad, en la cual den una garantía de calidad. Esta garantía le indica al consumidor que el bien es de buena calidad y que el oferente está dispuesto a asumir el costo de ofrecer un bien de mala calidad.

Otro tipo de mercado en el que se presenta información asimétrica, es el mercado de trabajo. MICHAEL SPENCE, también galardonado con el Nóbel, en su artículo *Job market signaling*⁸², hace un estudio del mercado del trabajo y, sobre todo, de la relación y la información que interactúa en el proceso de contratación. Según SPENCE, en la mayoría de los mercados del trabajo el empleador no puede estar seguro de la productividad laboral de quienes contrata (calidad de los trabajadores), pero puede hacerse a la idea de cuál es la productividad laboral que algún individuo tiene. Entonces, el

82 SPENCE, MICHAEL, *Job market signaling*, vol. 87, No. 3. Massachusetts, MIT press, 1973, págs. 355 y sigs.

empleador requiere cierta información sobre la productividad y el individuo se la transmite, y es esta información la que constituye los parámetros del riesgo en la contratación.

Según el autor, la información que usa el empleador sobre los individuos a contratar está fundada en señales e índices. Las señales son aquellos atributos del individuo que pueden ser manipulados por el individuo y los índices son aquellos atributos “inalterables” en cada individuo como la raza, el género, etc. Una vez contratado el individuo el empleador puede hacer una correlación de su productividad frente a los índices y señales. Con esta correlación, el empleador determinará su experiencia previa en el mercado y con base en ella podrá, cuando vuelva a contratar determinar una nueva probabilidad que le permita disminuir el riesgo de contratar individuos con la productividad que desea. Así, el empleador ante ciertas señales e índices pagará cierto salario según la probabilidad que dichos parámetros le establezcan respecto de la productividad del individuo.

En lo que respecta al individuo, éste tiene la capacidad de decidir si cambia algunas de sus señales o si las deja estables. Esta decisión depende de los costos que tengan el cambiar las señales frente al beneficio de dicho proceso. En este sentido, la educación presenta para el individuo una de las señales más fuertes frente al empleador. El individuo tomará la decisión de educarse y de aportar tales señales siempre y cuando el costo marginal de educarse sea menor o igual al ingreso marginal recibido con tal educación. En este sentido, los individuos seleccionarán aquellas señales que les permita maximizar sus beneficios futuros.

Ahora bien, no es difícil entender que no toda señal efectivamente llevará a distinguir a un individuo de otro, a menos que exista una correlación negativa entre el bajo costo de enviar señales y la productividad. Pero, dada esta correlación y el ciclo de retroalimentación de señales e índices, es posible llegar a un equilibrio. Éste es definido por SPENCE del siguiente modo:

“Equilibrium is a set of components in the cycle that regenerate themselves”⁸³.

Entonces, podemos decir que en equilibrio los empleadores confirman sus predicciones respecto de la información dada por los individuos. De manera que puede entenderse el equilibrio en este modelo como:

“a set of employer beliefs that generate offered wage schedules, applicant signaling decisions, hiring, and ultimately new market data over time that are consistent with the initial beliefs”⁸⁴.

83 *Ibidem.*

84 *Ibidem.*

5. INTERVENCIÓN DEL ESTADO Y LA JUSTIFICACIÓN ECONÓMICA DE LA INTERVENCIÓN⁸⁵

Como vimos en el aparte anterior, la intervención tiene como fundamento la búsqueda del equilibrio de mercado, que no es más que un modo de imponer cierto “orden” económico. Ahora, teniendo esto claro, podemos adentrarnos en los aspectos económicos de la intervención que hasta ahora no se han tomado en cuenta, estudiaremos el fundamento de la actividad de intervención fundada en el interés público y el interés privado económico. Con esto, podremos definir cuál es el ámbito de intervención actual y luego centrarnos en las nuevas tendencias de la intervención.

5.1. INTERVENCIÓN DEL ESTADO, INTERÉS PÚBLICO E INTERÉS PRIVADO

El debate económico sobre la intervención normativa en la economía ha tenido muchas facetas. Con todo, la primera aproximación al tema está enfocada en la necesidad de la intervención derivada de la necesidad de proteger el interés público, es decir, la intervención se presume que busca corregir ciertas ineficiencias que afectan exclusivamente al público y, por ello, su corrección es un problema del Estado.

Los problemas que la economía neoclásica busca resolver con la intervención son los derivados de las fallas del mercado, que, como vimos, se derivan de que los agentes del mercado no maximicen racionalmente o no sean tomadores de precios, que los bienes y

85 Algunos de los apartes siguientes fueron publicados en el artículo: “Intervención pública, regulación administrativa y economía. Elementos para la definición de los objetivos de la regulación”, MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, *Vniversitas, ciencias jurídicas*, N° 108, 2004.

servicios transados en el mercado no sean homogéneos, no estén en propiedad privada o no sean garantizados por el Estado, o que la información de los participantes en el mercado no sea simétrica y, por ello, que los agentes no posean previsión perfecta y completa de modo que algunos agentes tienen más información que otros⁸⁶.

Complementando lo dicho al principio de este texto, podemos establecer que el modelo neoclásico también asume:

“Primero... que la unidad básica del proceso económico es el individuo. Entonces, “el bienestar social puede ser entendido únicamente como la agregación de bienestar individual; qué es valioso para la economía no puede tener otro significado” (OGUS, 1994: 23). Segundo, se asume que los individuos se comportan con racionalidad perfecta, esto es, los individuos se conciben como egoístas interesados en sí mismos buscando maximizar su utilidad. (ibíd.: 23). Tercero, se asume que la información y los recursos circulan libremente, en respuesta a las variaciones de precios”⁸⁷.

Teniendo en cuenta lo dicho, para la escuela neoclásica, el modelo walrasiano de competencia perfecta se introduce como el principal objetivo de la intervención, de manera tal que todo esfuerzo del Estado se dirige única y exclusivamente a corregir las fallas del modelo de competencia perfecta. Así, el modelo de la falla del mercado surge como una nueva interpretación de aquellas razones

86 MÁRQUEZ-ESCOBAR, PABLO, *Introducción a la relación entre el derecho y la economía*. En: Colección de Ensayos del Centro de Estudios en Derecho y Economía. Javegraf, Bogotá, 2004, págs. 47 y 48.

87 FRANCO, DIANA, *Publication theories of regulation*. Tesis doctoral. Oxford, 2000. El texto dice: “The neoclassical approach is supported by three main assumptions. Firstly, it is assumed that the basic unit of the economic process is an individual. Hence, “social welfare can be understood only as the aggregate of all individual welfare; what is ‘valuable to society’ can have no other meaning”. (OGUS, 1994: 23). Secondly, it is assumed that individuals behave with ‘perfect rationality’, that is, individuals are conceived as self-interest egoists seeking to maximize their utilities. (ibid.: 23). Thirdly, it is assumed that information and resources flow freely in response to price variations. Individuals, then, possess the necessary information to take their utility-maximizing choices. (ibid.: 23)”⁸⁵.

por las cuales el modelo de competencia perfecta o modelo general competitivo walrasiano⁸⁸ presenta distorsiones.

En este sentido, la teoría intervencionista tiene dos objetivos principales. Primero, eliminar la posibilidad de que los agentes del mercado marchen sin control; y segundo, corregir las fallas que puedan impedir la eficiencia del modelo de mercado. Este es el modelo que la Corte Constitucional colombiana ha tomado como orientador de la acción del Estado en la economía al decir que:

“La literatura sobre ‘fallas del mercado’ versa sobre este problema (imperfecciones del mercado)⁸⁹. Fenómenos tales como las externalidades, la ausencia de información perfecta, los monopolios naturales y las barreras de entrada o de salida, competencia destructiva, entre otros, conllevan a que el precio y la calidad de los bienes, servicios y oportunidades que hay en el mercado no sean ofrecidos de acuerdo con la interacción de la oferta y la demanda, sino en las condiciones impuestas por algunas personas en perjuicio de otras.

Esta corporación ha analizado situaciones en las que se pone de presente que, en determinadas oportunidades, una falla del mercado puede devenir en un problema constitucionalmente relevante. En efecto, la Corte se ha pronunciado sobre asuntos relacionados con problemas de información, oferta limitada y abuso de posición dominante, bienes o servicios que el mercado no proporciona de manera eficiente, barreras de ingreso al mercado, externalidades, competencia destructiva entre otros, en los que se muestra cómo, en ciertas circunstancias, las fallas del mercado afectan los derechos y valores consagrados en la Constitución, lo cual conlleva a la *necesaria intervención estatal* para orientar el mercado hacia condiciones de libre competencia y de asignación eficiente de bienes y servicios a todos los habitantes del territorio nacional.

88 WALRRAS, LEON, *Elementos de una teoría pura de la economía*. Madrid: Alianza Editorial, 1989.

89 Por ejemplo, desde una perspectiva general sobre diferentes «fallas de mercado», véase: STEPHEN BREYER. *Regulation and its Reform*. Harvard University Press. Cambridge, 1982; RICHARD J. PIERCE, JR. and ERNEST GELLHORN, *Regulated Industries*. West Publishing Co, 1994; y JEFFREY L. HARRISON. *Regulation and Deregulation. Cases and Materials*. West Publishing Co. ST. PAUL, MINN, 1997.

Así pues, *la intervención estatal se justifica cuando el mercado carece de condiciones de competitividad o para proteger al mercado de quienes realizan acciones orientadas a romper el equilibrio que lo rige, fenómenos ambos que obedecen al concepto de 'fallas del mercado'*. En efecto, *el análisis de este fenómeno permite concluir que la regulación del mercado por parte de los órganos respectivos, es uno de los mecanismos de los que dispone el Estado para proporcionar respuestas ágiles a las necesidades de sectores que, como el de los servicios públicos, se encuentran sujetos a permanentes variaciones*. La corrección del mercado por medio de la regulación es una tarea entre cuyas funciones —además de perseguir condiciones básicas de equidad y solidaridad como ya se analizó— se encuentra la de propender por unas condiciones adecuadas de competitividad. Por eso la Corte ha dicho que “[l]a regulación que hagan las comisiones respectivas sobre las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, sin tener una connotación legislativa, implica la facultad para dictar normas administrativas de carácter general o particular, de acuerdo con la Constitución, la ley, el reglamento y las directrices presidenciales, dirigidas a las personas que prestan servicios públicos domiciliarios para lograr su prestación eficiente mediante la regulación de monopolios y la promoción de la competencia”⁹⁰.

A pesar que dicha corporación confunde los términos regulación con intervención normativa, equívoco común en la literatura⁹¹, fundamenta la intervención del Estado en la economía con la teoría de las fallas del mercado, indicando incluso que el objetivo es “orientar el mercado hacia condiciones de libre competencia y de asignación eficiente de bienes y servicios a *todos los habitantes del territorio nacional*”. En este sentido, supone la Corte Constitucional que es más deseable la intervención del Estado y del gobierno en la economía pues de no haber intervención puede haber una actividad

90 Corte Constitucional. Sentencia C-150 de 2003. MP. DR. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil tres (2003). Cursiva es nuestra.

91 Véase: MÁRQUEZ ESCOBAR, PABLO y MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. *Intervención pública, regulación administrativa y economía: elementos para la definición de los objetivos de la regulación*. Universitas Ciencias Jurídicas, Bogotá, No. 108, págs. 71-118.

perjudicial para los consumidores, como por ejemplo el caso de las empresas de servicios públicos donde la presencia de costos hundidos (*sunk costs*) impide el fácil acceso al mercado de competidores generando barreras de entrada y salida⁹².

Ahora, teniendo claro lo dicho, vemos que el objeto de la intervención hasta el momento es único, corregir los fallos del mercado. Es decir, el Estado mediante sus entes de regulación tiene un único objetivo, eliminar las interferencias nocivas que, según la escuela neoclásica, son inherentes a las fallas del mercado. De esta manera, la intervención opera como un sistema de policía, en tanto impone límites a la acción de los agentes en actividades económicas que operan en presencia de fallas del mercado, como por ejemplo los monopolios y los monopolios naturales derivados de actividades como los servicios públicos, o impone cargas de información a los agentes en aquellos eventos en que se pueden presentar asimetrías de información. Entonces, dentro de este marco, el propósito de la regulación es “llevar a cabo estados o locaciones particulares que pueden ser vistas como superiores, en términos de eficiencia, a situaciones alternativas en las que ninguna intervención legal se lleva a cabo”⁹³.

Con todo, esta teoría según la cual el papel del Estado está dirigido a completar o afinar el mercado, ha sido sujeta a múltiples críticas, que se centran en tres puntos:

Primero, que otorgar tanto poder a la administración para dirigir el mercado puede llevar a que las consecuencias de la regulación sean incluso más perjudiciales para la economía que la falla misma.

92 Véase: SPULBER, DANIEL. *Regulation and markets*. Massachusetts, MIT Press, 1989, pág. 43.

93 FRANCO, *op. cit.*, pág. 18. El texto dice: “is to bring about particular states or allocations which can be viewed as superior, in terms of allocative efficiency, to alternative situations in which no legal intervention takes place”.

Segundo, su incompetencia para analizar fenómenos reales en los que las fallas recaen sobre problemas de información e incertidumbre y;

Tercero, la “falacia” de la existencia algo como las fallas del mercado, es decir, el mercado no falla, sino que esa es su naturaleza;

A continuación vamos a estudiar y encontrar qué se ha derivado de la crisis del modelo de las fallas del mercado, en términos de intervención.

En primer lugar, la búsqueda del interés privado en lugar de la búsqueda del interés público, parece ser el principal efecto negativo de la intervención como respuesta a las fallas del mercado. La razón es simple: la intervención tiende a convertirse en un instrumento de discriminación empresarial, que permite que las empresas reguladas demanden regulación específica que les dé ventajas comparativas frente a la competencia o frente a los consumidores, y a su vez, es un instrumento por intermedio del cual los políticos pueden responder a demandas de grupos de interés.

Esta teoría, se fundó en la percepción según la cual, la ineffectividad de las “agencias de regulación” en encontrar los fines del interés público asignados a ellas pudo ser más plausiblemente explicado mediante la asunción de que ellas han sido subvertidas por presión, influencia y ‘cohecho’ para proteger los intereses de aquellos que son sujetos de la regulación⁹⁴.

94 OGUS, 1994, pág. 57. El texto en inglés dice: “Stemmed from the perception that the ineffectiveness of regulatory agencies in meeting the public interest goals assigned to them could most plausibly be explained by assuming that they had been subverted by pressure, influence, and ‘bribery’ to protect the interests of those who were the subjects of the regulation”. Citado por: FRANCO, *op. cit.*, pág. 30.

Hay diferentes variantes de la teoría de la regulación por interés privado, sin embargo, los trabajos más prominentes sobre el tema son los de PELTZMAN⁹⁵ y STIGLER⁹⁶ quienes encontraron que la regulación se constituye en un mercado más, donde hay oferta y demanda de regulación, y por ello, la regulación ha podido ser “adquirida” por la industria y ser designada y operada principalmente para su propio beneficio. La razón de lo anterior es que la regulación determina el mayor impacto sobre los beneficios de una compañía en el corto plazo, sobre todo si ésta es monopólica o presenta beneficios adicionales por asimetrías de información.

En términos coloquiales, el regulador no es necesariamente un “buen samaritano”, sino que es también un agente económico que opera bajo incentivos. Del mismo modo, las firmas siempre estarán dispuestas a presionar, influenciar y ofrecer dádivas a los reguladores si la reducción de los costos derivados de la regulación es menor al costo esperado de incentivar al regulador a eliminar o imponer una medida de regulación conveniente al regulado. De ese modo, el regulador, quien es también un maximizador racional, tendrá un fuerte incentivo a dirigir la regulación hacia los intereses del regulado en búsqueda de un mayor apoyo político o en búsqueda de un interés sea o no patrimonial.

Este postulado metodológico de análisis es llamado *homo economicus*, e implica que los individuos se comportan de tal manera que maximizan utilidades subjetivas ante las restricciones que enfrentan, y, si el análisis ha de llegar a ser operativo, es necesario establecer argumentos específicos en las funciones de utilidad para entender el papel del individuo dentro del proceso de regulación⁹⁷.

95 Véase: PELTZMAN, Toword a more genetal theory of regulation, *Journal of Law and Economics*, N°19, 1976, págs. 211-240.

96 Véase: STIGLER, GEORGE, The theory of economic regulation, *Bell journal of economic and managment scionce*, N° 2, 1971, págs.137-146.

97 BUCHANAN, JAMES, *La perspectiva de elección pública*. En: <http://www.eumed.net/cursecon/textos/buchanan-elecc-publica.htm>.

En este sentido, el análisis debe fundarse en el individualismo metodológico, según el cual es necesario hacer que, en los modelos de comportamiento económico los individuos se entiendan como entes que persiguen su propio interés. Así, se pretende desarrollar una lógica, positiva y consistente, que ligue el comportamiento individual a la acción del regulador como agente decisor y productor de normas. Lo anterior demanda explicar como es precisamente el proceso político presentando una teoría positiva sobre el entendimiento y la explicación, desde la teoría de la elección racional, de los productos del legislativo y la burocracia administrativa⁹⁸.

Tal como lo dicen GWARTNEY y WAGNER:

“El análisis de la elección pública es a los gobiernos lo que el análisis económico es a los mercados. En ambos casos, los resultados reflejarán las elecciones de individuos y la estructura de los incentivos que influencia dichas decisiones. En la arena política, los mayores jugadores son los votantes, políticos y burócratas”⁹⁹.

Según esta perspectiva, la teoría de la intervención debe centrarse en el análisis de aquellas reglas políticas que definen el orden colectivo, en las cuales los reguladores toman sus decisiones fundados en un sistema de preferencias. Estas reglas establecen restricciones formales respecto de la capacidad y amplitud de tales elecciones. El principio del *homo economico* trae al análisis de la elección pública el aspecto positivo: permite describir y explicar, desde dicho postulado, cómo se comportan los resultados de la política en términos de la elección racional, la maximización de la

98 MERCURO y MEDEMA, *op. cit.*, pág. 87.

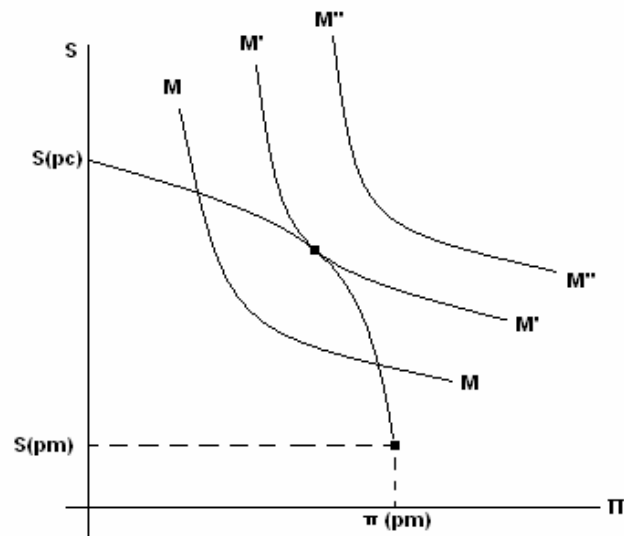
99 WAGNER, RICHARD y GWARTNEY, JAMES. Public choice and the conduct of representative government. In: *Public Choice and constitutional economics*. Greenwich, Co. JAI Prees, 1988. El texto original dice: “Public choice analysis is to governments what economic analysis is to the markets. In both cases, the outcomes will reflect the choices of individuals and the incentive structure which influences those choices. In the political arena, the mayor players are the voters, politicians, and the bureaucrats”. Citado en: MERCURO y MEDEMA, *op. cit.*, pág. 214.

utilidad de los individuos y los grupos de individuos mientras participan en el proceso de estructuración¹⁰⁰.

El ejemplo definido por PELTZMAN es muy claro y se asienta en la exaltación básica de la teoría de la elección pública según la cual hay una disimilitud entre los intereses del político y los intereses de los electores, así como existe una disimilitud entre los intereses del gerente de una compañía y sus propietarios, pues tanto políticos o burócratas como gerentes están dirigidos principalmente a satisfacer su interés particular antes que el interés colectivo. En términos estrictos el modelo nos indica que los reguladores al ser parte de la administración tienen un incentivo de maximizar su interés propio, expresado esto, por ejemplo, en la búsqueda de una mayoría de votos, haciendo proselitismo desde su atribución administrativa. De ese modo la función objetivo del regulador será una función de maximización de votos esperados, o una función de maximización de otro tipo de beneficios, la cual depende estrictamente de la riqueza de los grupos de interés, así:

100 Cfr. MERCURO y MEDEMA, *op. cit.*, pág. 88.

FIGURA 2
EL MODELO DE PELTZMAN



Donde S , representa el exceso del consumidor en función del precio, y Π , representa los beneficios de la industria en función del precio. La función de producción de regulación sería M , la cual es una función de s y Π , $M(s, \Pi)$. Vemos en la gráfica que el exceso del consumidor es máximo al precio competitivo, $S(pc)$, y disminuye al precio monopólico, $S(pm)$. De ese modo el problema del regulador se deriva de obtener el mayor beneficio de la producción de regulación teniendo en cuenta que tiene dos grupos de intereses que debe satisfacer. De ese modo, el regulador seleccionará el régimen regulatorio que maximice la mayoría votante o los ingresos por regular¹⁰¹.

101 SPULBER, *op. cit.*, págs. 94 y sigs.

Entonces, los intereses de los regulados son promovidos por las medidas intervencionistas, ya que incluso la presencia de una gran cantidad de normas, interviniendo una actividad, incentiva la mercantilización y el desarrollo de presiones (incentivos) al regulador y al mismo tiempo, el regulador puede determinar sistemas que maximicen su poder y con ello el sistema de incentivos¹⁰². El resultado es una alta producción de regulación que es justificada en miras del interés público, la cual es capturada por el regulado o el regulador¹⁰³.

Este tipo de acercamiento al regulador y a la producción de regulación nos permite entender que no es posible algo así como la regulación a favor del interés público, dado que la autoridad administrativa siempre se verá incentivada a favorecer a un grupo de interés en busca de un beneficio particular, de modo que el regulador en búsqueda del interés público nunca será un equilibrio estable pues las facultades de policía del regulador hacen que siempre se presente un incentivo a regular a favor de cierto grupo de interés. Obviamente, esta ineficiencia no se presenta únicamente en materia de regulación, también en instancias como la administración de justicia el administrador tiene un incentivo a producir fallos que se inclinen a favor de uno u otro interés, permitiendo cierto tipo de proselitismo por intermedio del poder judicial¹⁰⁴.

102 BULLARD nos muestra en su texto *derecho y economía*, como la presencia de una gran cantidad de normas hace eficiente para la firma el desarrollo de actividades consideradas corruptas, pues, desde el punto de vista costo-beneficio, la celeridad en el procedimiento derivado de la corrupción y la eliminación de ciertas barreras compensan, no sólo el monto de la dádiva, sino incluso el valor esperado de la pena por incurrir en actividades como el cohecho.

103 OGUS, *op. cit.*, págs. 58-73.

104 Un caso importante es el de los magistrados de la Corte Constitucional de Colombia, quienes han desarrollado por intermedio de sus fallos procesos de proselitismo que se dirigen a lograr la elección posterior en cuerpos colegiados de elección popular o de libre nombramiento y remoción favoreciendo a uno u otro interés en el desarrollo de su actividad.

Desde esta base, la teoría de la captura de la regulación transforma la percepción de la regulación como una actividad neutra en busca del orden y equilibrio económico y la confronta, indicando que tras ella está todo un mercado político donde el objeto de la transacción es la regulación¹⁰⁵. La escuela de la elección pública, liderada por BUCHANAN y TULLOCK, que posteriormente estudiaremos a fondo, proveen de una teoría que no existía sobre la política y la regulación derivada, concluyendo que el modelo de la regulación dirigida a mitigar las fallas del mercado, es decir, el poder de mercado, las externalidades, los bienes públicos y la información asimétrica, no comporta las soluciones que surgen de los mercados políticos y, mucho menos, mejoran el bienestar de los afectados, es decir, los ciudadanos.

En este sentido, esta escuela nos presenta que son mucho mayores los costos derivados de la regulación policiva o también llamadas fallas de gobierno o administración¹⁰⁶. Se deriva de sus conclusiones que es necesario una nueva ética sobre la intervención, la cual tienen como fin soportar una reforma constitucional diseñada para limitar el poder del gobierno y disminuir a sus niveles óptimos las fallas de la regulación.

A partir de las críticas formuladas por la escuela de la elección pública y la escuela austriaca que plantean la captura del regulador y la regulación por parte de los grupos de interés como consecuencia obvia de la intervención, se han desarrollado nuevos postulados de intervención estatal, en el cual, la intervención normativa es remplazada por el libre mercado, de manera que el mejor modo de sobreponerse a las fallas de la regulación es por intermedio de la

105 FRANCO, *op. cit.*, pág. 20.

106 Cfr. GOTEES, C., *Uncommon common sense vs. Conventional Wisdom: The Virginia School of economics*. Fairfax, Center for study of Public Choice, 1991. Citado en: *Introduction to the Handbook on Public Choice Theory*, vol. I. Editado por: Cambridge, Cambridge University, 1997.

transformación de la propiedad pública en propiedad privada eliminando el problema de la concurrencia de regulador y regulado, y la eliminación del modelo de prestación monopólico de los servicios públicos por un modelo de competencia¹⁰⁷.

En síntesis, esta aproximación teórica sugiere que el papel de la regulación, lejos de ser el mecanismo para afinar o perfeccionar el mercado corrigiendo las fallas inherentes a él o de ser un mecanismo que permite redistribuir la riqueza, el papel de la regulación simplemente comunicativo, en el cual convergen e interactúan los múltiples intereses de la pluralidad de agentes que convergen en el mercado y en el proceso, formación y estructura de la regulación¹⁰⁸.

Los efectos de las críticas de estas escuelas de pensamiento sobre el modelo de regulación e intervención normativa son claros:

En primer lugar, las funciones de intervención normativa han pasado a un plano marco, donde el legislador o quien tenga la potestad reglamentaria define un límite de las oportunidades de acción de los agentes económicos, sin que ello quiera decir que se regulan todos los eventos de acción en el mercado;

Segundo, se eliminó el conflicto de interés derivado de la producción de ciertos bienes y servicios por parte del Estado eliminando la coincidencia de regulador y regulado, y;

Tercero, se abandona el modelo de prestación monopólica de algunos servicios públicos para implementar un sistema de competencia basado en la libertad de los agentes de la industria.

107 FRANCO, *op. cit.*, pág. 23.

108 *Ibidem*, pág. 27.

5.2. NUEVAS TENDENCIAS DE LA INTERVENCIÓN: LA LEY Y LA REGULACIÓN COMO INCENTIVOS DE ACCESO AL MERCADO

A partir de la falla del modelo tradicional de intervención, múltiples propuestas sobre la intervención, el regulador y el papel de la ley en la intervención de la economía han sido elaboradas por los críticos de este modelo. La regulación, por ejemplo, ha dejado de ser vista como un estricto método de control, transformándose así en una nueva forma de aproximar el Estado a la industria, para que en un proceso asimilado al mercado el regulador acuerde con el regulado el modo en que se trataran de lograr las metas que el orden constitucional impone.

La escuela austriaca de economía es una de las principales escuelas críticas al sistema neoclásico. El método de la escuela austriaca, dada a conocer por CARL MENGER y LUDWIN VON MISES¹⁰⁹ a finales del siglo XIX y principios del XX, es completamente diferente al método de economía neoclásica¹¹⁰ y plantea un grupo de postulados que proveen una explicación teórica diferente respecto de las implicaciones y la intromisión o intervención del gobierno en la acción humana. En primer lugar, la escuela asume las proposiciones del individualismo metodológico según el cual los agentes en la economía no pueden estudiarse de manera agregada pues cada agente posee un complejo sistema de preferencias.

109 Al respecto véase: CARL MENGER, *Principios de economía política*, Unión Editorial, Madrid, 1983 y Ediciones Folio, Barcelona 1996; MISES, LUDWIN VON, *Human Action*, Scholars Edition, Mises Institute, Auburn, Alabama, 2002; *Sobre liberalismo y capitalismo*, Ediciones Folio, Barcelona, España, 1996. Véase: Hayek, F.A., *Fundamentos de la libertad*, ediciones Folio S.A., Barcelona, 1997; MURRAY ROTHBARD, *Man Economy and the State*, 4ª edición, The Ludwig von Mises Institute, 2001.

110 HUERTA DE SOTO, JESÚS, *La Methodenstreit, o el enfoque austriaco frente al enfoque neoclásico en la ciencia económica» incluido en Actas del 5º Congreso de Economía Regional de Castilla y León (ÁVILA, 28-30 de noviembre de 1996)*. Editorial, Junta de Castilla y León, Consejería de Economía y Hacienda, Valladolid, 1997.

Por otro lado, la escuela austriaca considera que la información y el conocimiento son incompletos y que no es posible tener toda la información relevante al tomar una decisión económica, dado que la información es fragmentada¹¹¹ de manera que es imposible la omnisciencia o lograr adquirir toda la información relevante frente a un caso a ningún costo.

Ahora bien, la escuela austriaca fundamenta sus pretensiones en el proceso de descubrimiento el cual es una expresión de la empresarialidad. Es decir, resalta esa aptitud que todo ser humano posee patentizada en “una innata capacidad creativa que le permite apreciar y descubrir las oportunidades de ganancia que surgen en su entorno, actuando en consecuencia para aprovecharlas”¹¹². Consiste en la capacidad típicamente humana para crear y descubrir fines y medios continuamente, teniendo en cuenta que dichos recursos no son dados, sino que son dinámicos.

Así, se entiende que el mercado parte de un proceso de constante innovación, creación y descubrimiento que tiene como móvil la utilidad, que no es exclusivamente influenciada por elementos materiales, sino también por las emociones como lo son el miedo, la desazón, la envidia, el altruismo, etc.¹¹³. De este modo, es la capacidad de descubrir del empresario, la que amplía los caminos a las nuevas oportunidades, la cual estará siempre mediada por el deseo de confort y elusión del displacer. De esta manera, es claro que en un entorno altamente regulado, donde el regulador tendría un poder adicional a los demás agentes del mercado, es decir, la dirección de los agentes

111 FRANCO, *op. cit.*, pág. 24.

112 HUERTA DE SOTO, JESÚS, La libertad de empresa. En: *Anuario de Economía*. Negocios Ediciones: Madrid, 1996, pág. 78.

113 BRENNER, R., *Betting on ideas: wars, invention, Inflation*. Chicago: University of Chicago Press, 1989. Citado por: MACKAAY, E. *op. cit.*, pág. 871. Véase además: ELSTER, JON. Emotions and economic theory. *Journal of economic literature*, vol. 36, No. 1, March, 1998.

en sus actividades del mercado, incentiva a que los agentes desarrollen actividades en las que se capture al regulador, a la regulación o se eluda la misma, haciendo ineficiente la intervención como mecanismo de control pues el controlado se hace controlante.

La escuela austriaca, supone que la información en los mercados genera un proceso de coordinación casi espontáneo, el cual, debido a la dispersión de la información, se dirige exclusivamente a la elaboración de mecanismos que permitan determinar las preferencias del grupo por intermedio del proceso de descubrimiento. Tal como dice LITTLECHILD, los mercados son, entonces, fenómenos orgánicos, esto es, son el resultado de un proceso de descubrimiento que toma lugar en el tiempo y que es caracterizado por una ausencia de conocimiento y una consecuente falta de coordinación, pero también por el aprendizaje y la creciente coordinación¹¹⁴.

En conclusión, los miembros de la escuela austriaca ven la economía y el mercado como un proceso continuo de descubrimiento, coordinación e intercambio, donde el precio es la principal herramienta de información, pues indica cómo se estructuran las preferencias y el mecanismo o mecanismos como el mercado está regulando las transacciones¹¹⁵.

Desde este punto de vista es obvio que para la escuela austriaca, el proceso de intervención del Estado se opone a los procesos de coordinación y descubrimiento, pues la intervención por intermedio de normas y, sobre todo, por intermedio de regulación administrativa impide el proceso dinámico de coordinación, abriendo paso a la manipulación del derecho a favor de intereses particulares, suponiendo que el diseño de instituciones se impone sobre la acción humana deliberada.

114 FRANCO, *op. cit.*, pág. 24.

115 Véase: HAYEK, FRIEDRICK A. The Use of Knowledge in Society. *American Economic Review*, XXXV, No. 4; September, 1945, págs. 519-530.

Pero, como vimos, el diseño humano de las instituciones lleva a las fallas de la regulación, que no son otra cosa que el uso del derecho como una herramienta instrumental que de modo ficto y falaz pretende interiorizar o internalizar en un grupo, un conjunto de sesgos que parece tener el desarrollo de una actividad mercantil y que tiene como fin imponer las preferencias del regulador en busca de un orden social, en apariencia, deseable. Es decir, el derecho, en particular el derecho público, pretende imponer un cierto orden a los procesos de coordinación, de manera que se genera un grupo de normas que no responden a criterios de conducta, sino a criterios organizacionales¹¹⁶.

Teniendo en cuenta lo anterior y un conjunto de argumentos que sería muy extenso exponer acá¹¹⁷, HAYEK desarrolla una evidente distinción entre el derecho privado y el derecho público, caracterizando aquel como el derecho que regula la conducta y éste como el derecho que regula la organización. En este sentido, el derecho de conducta o derecho privado, es el derecho de la autonomía de la voluntad negocial, mientras que el derecho público o derecho de la organización se constituye en el derecho diseñado para lograr fines particulares, para suplementar órdenes positivas a ser implementadas por agencias con las que el Estado opera.

En este sentido, el derecho privado provee de libertad a los agentes para que, en el proceso de descubrimiento, puedan definir todo tipo de contratos, acuerdos y demás operaciones que les permitan lograr ciertos fines definidos individualmente por ellos mismos. Por otro lado, el derecho público no permitiría esa expresión de la libertad que permite el derecho privado, pues el derecho público se refiere a relaciones de comando, control y obediencia que están literalmente opuestas a los principios de autonomía de la libertad

116 FRANCO, *op. cit.*, pág. 24.

117 Recomendamos la lectura de: HAYEK, FRIEDRICK. *Derecho, legislación y libertad*. Orbis, Madrid, 1999.

negocial. En síntesis, el derecho público, tal como lo conocemos, se constituye en una interferencia en los mercados, que cuando trata de lograr eliminar las fallas, lo que hace es imponer mecanismos de comando y control que no permiten que el sistema de coordinación libre opere correctamente¹¹⁸.

Para la escuela austriaca la mejor opción en términos de regulación es la determinación de procesos de desregulación por intermedio de la cual podemos aplicar los principios del derecho privado, para así permitir el funcionamiento de los procesos de coordinación espontánea fundados en el derecho de propiedad, el derecho de los contratos y la responsabilidad civil.

Ahora bien, la pregunta que surge es, ¿cuál sería el papel del Estado en este contexto? Para autores radicales pertenecientes a esta escuela, como MURRAY ROTHBARD o HANS HERMAN HOPE¹¹⁹ el Estado en lugar de proveer algún tipo de bien público, provee fallas/interferencias que impiden completa e irremediamente el proceso de coordinación¹²⁰. Con todo, una posición más amigable con el Estado, sería la planteada por MISES¹²¹ y HAYEK, para quienes el Estado debe mantener sus poderes coercitivos de control en la economía deben ser limitados y dirigidos simplemente la protección del derecho privado, es decir, a determinar un conjunto de procedimientos que permitan la manutención del orden espontáneo. Del mismo modo, sería función del Estado, y por tanto, de un nuevo

118 Para un análisis profundo véase: FRANCO, DIANA. *Publication theories*. Tesis doctoral, Oxford, 2000.

119 ROTHBARD, MURRAY. *The anathomy of the State*. En: <http://www.mises.org>; También ver del mismo autor: *Man, economy and state*. The scholar's edition, Mises Institute, Auburn, Alabama, 2004.

120 También recomendamos la lectura de: ZAMORANO-ARAGÓN, LUIS EDUARDO. *Seguridad o Estado*. En: Ensayos del Centro de Estudios en Derecho y Economía. Javegraf, Bogotá, 2004.

121 MISES, LUDWIN VON, *Human Action*. The scholar's edition, Mises Institute, Auburn, Alabama, 2003.

derecho público, la defensa exterior, el recaudo de unos pequeños impuestos para cumplir con algunas funciones que se refieren a bienes colectivos como la justicia o la seguridad¹²².

No podemos terminar una revisión de esta nueva escuela, sin preguntarnos cuál es el papel de la intervención pública desde la perspectiva austriaca. Podemos afirmar que, si la existencia del Estado se justifica en brindar los medios para lograr la coordinación derivada de los mercados y no un orden preimpuesto, el papel del derecho público será determinar un conjunto de procedimientos que permitan la manutención del orden económico derivado de la libre competencia y la autonomía de la voluntad privada. En ese sentido, si los marcos de acción derivados de la intervención normativa son estrictamente procesales, los mecanismos de regulación administrativa estarán destinados a permitir que la soberanía del consumidor sea un hecho, de manera que los consumidores tengan los procedimientos mínimos para que el cumplimiento de las normas del derecho privado de propiedad, contratos y responsabilidad civil se mantengan en la mejor medida.

Del mismo modo, el procedimiento de acción de la administración no puede ser derivado de la imposición, el comando o el control sino un procedimiento que imite en la mejor medida al proceso de coordinación presente en todos los mercados, tal como el acuerdo negociado, el informe, etc.

Ejemplo de lo anterior son los acuerdos ambientales o *environmental agreements*, que han dado lugar a múltiples nuevas categorías del derecho público administrativo¹²³. Estos acuerdos se

122 Con todo, la justicia y la seguridad, según lo han demostrado los autores del *ala dura* de la escuela austriaca, son servicios que serían prestados por los particulares de un modo más eficiente que por el Estado.

123 Véase: MÁRQUEZ E, CARLOS PABLO, “Una aproximación a los acuerdos ambientales como mecanismos de política ambiental”, *Vniversitas, Ciencias Jurídicas*, N° 104, 2002.

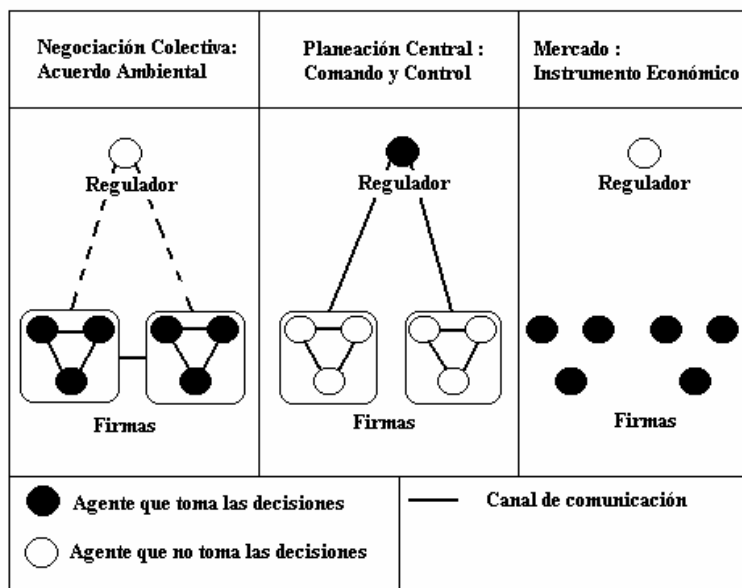
constituyen en mecanismos libertarios de política ambiental que eliminan la intervención estatal de comando y control y las intercambia por políticas empresariales voluntarias de protección al medio ambiente fundadas en el derecho de propiedad y los contratos. La esencia de dichos acuerdos es la implementación de mecanismos de negociación entre el agente administrativo regulador y los particulares inmersos en la actividad de mercado. El papel del regulador en el proceso se identifica con el de ser un catalizador del flujo de información al interior del proceso de mercado, mejorando el proceso de coordinación y actuando casi como otro agente.

Tal como lo indica GLACHANT¹²⁴, desde el punto de vista de la estructura de la información los *acuerdos ambientales* difieren de los mecanismos de *comando y control* y de los *instrumentos económicos*. Esto es por varias razones, que explicamos en el diagrama 2.

Como podemos apreciar en la figura, hay tres tipos de mecanismos de política ambiental, en los cuales se presentan tres tipos de estructuras de información. Así, cada estructura nos permite distinguir a cada uno de la siguiente manera: en el caso de estructura de negociación, donde se encuentran los acuerdos ambientales, y de los mecanismos de comando y control, las firmas tienen la posibilidad de organizarse en grupos de interés, para lograr más fácilmente los objetivos de la política. Además, según quien toma las distintas decisiones, los mecanismos serán diferentes, pues en la estructura de la negociación y de mercado las soluciones se centran en cabeza de las firmas y su proceso de descubrimiento mientras que en la estructura de la planeación central las decisiones están en cabeza del regulador.

124 GLACHANT, MATTIEU (1996). The cost-efficiency of voluntary agreements for regulation industrial pollution: a coasean approach. International conference on the Economics and law of voluntary approaches in environmental policy. Venice 18-19 november, 1996. En: <http://www.feem.it>.

DIAGRAMA 2
ESTRUCTURAS DE INFORMACIÓN



Fuentes: GLACHANT, M., 1996.

La diferencia principal está en los canales de comunicación y transmisión de información. Así, en el mecanismo de corrección de fallas del mercado, no hay comunicación entre las firmas y ni entre las firmas y el regulador, las firmas actúan independientemente; en el mecanismo de planeación central, los canales de comunicación se presentan entre el regulador y los grupos de interés de las firmas, pero no entre grupos de interés, por tanto la comunicación es estrictamente vertical y permite las tomas de regulación que ya resaltamos anteriormente; y por último, en los mecanismos de negociación donde se encuentran los acuerdos ambientales, la estructura de la comunicación es horizontal, entre firmas y grupos de firmas, y en ciertos eventos vertical, entre el regulador y las firmas, permitiendo con ello la formación, cooperación y descubrimiento derivado de la interacción entre agentes y regulador.

Así, vemos que los acuerdos ambientales son mecanismos de política ambiental diferentes de los mecanismos tradicionales. Esto es porque en ellos se presenta una estructura de información y decisión diferente a las de los demás mecanismos de intervención pues en ellos es posible la comunicación y la cooperación entre firmas, y la comunicación y la cooperación con el Estado. Este último aparte termina siendo el verdadero papel del derecho público, ser un mecanismo que permita la coordinación entre agentes por intermedio de la canalización de los procesos de información. Este es mejor que otros mecanismos en tanto que la regulación administrativa mediante los instrumentos económicos, propia del modelo neoclásico, pretende imponer las decisiones de los agentes suponiendo que todas las firmas se comportan igual y que sus decisiones se ajustan simplemente al querer del regulador, con ello no hay cooperación entre firmas y el papel de los flujos de información del Estado es indiferente. Por otro lado, en el sistema de planeación central, propio del modelo keynesiano, hay comunicación entre firmas y el regulador pero las decisiones están siempre en cabeza del regulador, por ello, la cooperación es nula, se presta a las tomas del regulador y busca simplemente cumplir con la voluntad política del ente que desarrolla el concepto de orden económico¹²⁵.

En síntesis, el derecho público de la intervención se encuentra en transformación, una transformación que en el umbral del siglo XXI, nos muestra una administración pública ágil, desligada de las funciones de comando y control y destinada exclusivamente al estímulo de la autorregulación derivada de la desregulación, y que, con el pasar del tiempo, buscará su propia extinción. Tal como lo indica GASPAR ARIÑO la huida del derecho administrativo se

125 MÁRQUEZ-ESCOBAR, PABLO, Una aproximación a los acuerdos ambientales como mecanismo alternativo de política ambiental. Revista *Universitas*, No. 101, Javegraf, Bogotá, 2002.

manifiesta, entre otros fenómenos, por intermedio de la “privatización” del propio derecho administrativo¹²⁶.

Una vez hicimos una revisión sobre la relación entre el derecho, la economía, la justificación de la intervención del Estado y las críticas a dichos modelos, vamos a estudiar, qué es el análisis económico del derecho y cuáles son las diferentes escuelas de análisis económico del derecho para poder pasar así a un análisis económico del derecho privado colombiano.

126 ARIÑO ORTIZ, GASPAS, *Principios del derecho público económico*, Editorial Comares, Fundación de Estudios de Regulación, Granada, 1999, pág. 45.

BIBLIOGRAFÍA

1. AKERLOF, GEORGE, “*The market for lemons. Quality uncertainty and the market mechanism*”, *The quarterly journal of economics*, n° 84, 1970.
2. ARISTÓTELES, *Metafísica*, Madrid, Gredos, 1994.
3. BOBBIO, NORBERTO, *Positivismo jurídico*, Debate, Madrid, 1993.
4. BODENHEIMER, EDGAR, *Teoría del derecho*, Fondo de la Cultura Económica, México, 1997.
5. BORDA RIDAO, ROBERTO, *Introducción al derecho económico*, tesis de grado, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1999.
6. CARNELUTTI, F., *¿Cómo nace el derecho?*, Editorial Temis, Bogotá, 1999.
7. COLOMA, GERMÁN. Apuntes para el análisis económico del derecho privado argentino, Universidad CEMA, en:
<http://www.cema.edu.ar/publicaciones/download/documentos/156.pdf>.
8. COPI, IRVING y COHEN, CARL, *Introducción a la lógica*, Limusa, Balderas, México, 2000.
9. FOUCAULT, MICHEL, *La genealogía del racismo*, La piqueta ediciones, Madrid, 1992.
10. FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 1992.
11. GIBBONS, ANTHONY, *Introducción a la teoría de los juegos*, Anthony Bosch, Madrid, 1999.
12. GUTIÉRREZ P., HERNANDO, “Hacia un derecho económico sostenible”, en *Vniversitas*, n° 96, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1999.
13. GUTIÉRREZ P., HERNANDO, “El análisis económico del derecho: perspectivas para el desarrollo del derecho económico” revista *Vniversitas*, vol. 100, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2000.
14. HEILBRONER, ROBERT, *Historia del pensamiento económico*, Aguilar, Madrid, 1968.

15. HUERTA DE SOTO, JESÚS, *Socialismo, cálculo económico y función empresarial*, Unión editorial, Madrid, 1999. También en: <http://www.huertadesoto.com>.
16. LLEWELLING, KARL, “*The effect of legal institutions upon economics*”, *American Economic Review*, vol. 15, December, 1925.
17. LONG, ROEDERIK T., *Wittgenstein, Austrian economics and the logic of action. Working paper*, en: <http://www.mises.org/journals/scholar/long.pdf>.
18. MASS COLELL, ANDREA; WINSTON, MICHAEL, y GREEN, JERRY, *Microeconomic theory*, OUP, Oxford, 2001.
19. MERCURO, NICHOLAS y MEDENA, STEVEN, *Economics and the law*, Princeton University Press, Princeton, 1999.
20. MISES, LUDWING VON, *Human action*, en: <http://www.mises.org>. La versión española es publicada por Unión Editorial, Madrid, 2000.
21. MISES, LUDWING VON, *Sobre liberalismo y capitalismo*, Folio, Bogotá, 2000.
22. NOGUERA LABORDE, RODRIGO, *Introducción al derecho*, vol. 1, Universidad Sergio Arboleda, 1994.
23. PIGOU, A., *Economics of wealth fare*, McMillan, Londres, 1920.
24. POSNER, RICHARD, *Foreword of the encyclopedia of law and economics. Encyclopedia of law and economics*, en: <http://encyclo.findlaw.com/foreword.html>, febrero de 2004.
25. SPENCE, MICHAEL, *Job market signaling*, vol. 87, n° 3, MIT press, Massachusetts, 1973.
26. SPENCER, M.H., *Economía contemporánea*, 2ª edición, Editorial Resente, S.A., Barcelona, 1983.
27. SPULBER, DANIEL, *Regulation and markets*, the MIT, Cambridge, Massachusetts, 1989.
28. *The Economist, Markets for ideas*, April 14t, 2001.
29. TREFIL, J., *De los átomos a los quarks*, Salvat Editores, Barcelona.
30. VARIAN, HAL, *Análisis macroeconómico*, Anthony Bosch, Barcelona, 1998.

31. VARIAN, HAL, *Microeconomía intermedia*, Anthony Bosch, Barcelona, 1998.
32. WALRAS, LEON, *Elementos de una teoría pura de la economía*, Alianza Editorial, Madrid, 1989.







SEGUNDA PARTE

ESCUELA DE ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

SUMARIO

1. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: UNA APROXIMACIÓN GENEALÓGICA
 - 1.1. Aspectos preliminares
 - 1.2. Primer giro de la economía al derecho: el análisis económico y la ciencia jurídica
 - 1.3. El segundo giro: la escuela de Chicago y la imposición disciplinar del análisis económico en el derecho
 - 1.3.1. La primera etapa
 - 1.3.2. El journal of law and economics en la escuela de Chicago
 - 1.3.3. Reacciones ante el Análisis Económico del derecho
 - 1.4. Los límites del giro al derecho y las nuevas escuelas de análisis económico
 - 1.4.1. Las instituciones
 - 1.4.2. Comportamiento estratégico en la interacción humana
 - 1.4.3. La racionalidad limitada
- 
- 

- 1.4.4. La incertidumbre, el descubrimiento y la empresariedad
 - 1.4.5. La teoría de la elección pública
 - 1.4.6. Teoría de juegos
2. LA ESCUELA INSTITUCIONALISTA
- 2.1. Introducción
 - 2.2. Conceptos económicos fundacionales
 - 2.2.1. La producción conjunta del ambiente institucional y la economía
 - 2.2.2. El evolucionismo
 - 2.2.3. Conflicto y orden derivados del proceso de interacción
 - 2.2.4. Canalización de conflictos mediante instituciones
 - 2.2.5. Inherente interdisciplinaria
 - 2.2.6. La eficiencia
 - 2.3. Aplicaciones del análisis institucionalista
3. LA ESCUELA DE CHICAGO
- 3.1. Introducción
 - 3.2. La metodología para el análisis económico del derecho de la escuela de Chicago
 - 3.2.1. Método científico en el Análisis Económico del Derecho
 - 3.2.2. Técnicas de análisis económico del derecho usadas por la escuela de Chicago
 - 3.3. Bases de la teoría económica que fundamentan el análisis económico del derecho
 - 3.1. La maximización racional
 - 3.2. La teoría del precio
 - 3.3. La eficiencia
 - 3.3. Desarrollos generales de la escuela de Chicago en el AED
 - 3.3.1. Tesis de la eficiencia del *common law*
 - 3.3.2. *El fundamento del análisis económico del derecho positivo y normativo*

3.3.2.1. La maximización de la riqueza

4. EL NEOINSTITUCIONALISMO
 - 4.1. La metodología y el neoinstitucionalismo
 - 4.2. Supuestos aplicables al análisis económico y al análisis económico del derecho
 - 4.2.1. Individualismo metodológico
 - 4.2.2. Maximización racional
 - 4.2.3. Racionalidad limitada
 - 4.2.4. Comportamiento oportunista
 - 4.2.5. Sociedad económica
 - 4.2.6. Estructura de gobierno
 - 4.2.7. Las instituciones
 - 4.2.8. Las organizaciones
 - 4.3. Derechos de propiedad, contratos, instituciones y costos de transacción
 - 4.3.1. El ambiente institucional
 - 4.3.1.1. Derechos de propiedad, bienes comunes y costos de transacción
 - 4.3.2. Los arreglos institucionales
 - 4.3.2.1. Los arreglos institucionales desde el punto de vista de los derechos de propiedad, la agencia y las economías de los costos de transacción
 - 4.4. La eficiencia
5. LA ESCUELA DE LA ELECCIÓN PÚBLICA
 - 5.1. Introducción
 - 5.2. Metodología
 - 5.2.1. Apertura del análisis y el análisis de sistemas cerrados
 - 5.2.2. *Homo economicus*
 - 5.2.3. Catalaxis y la teoría de la elección contractual y el intercambio
 - 5.2.4. Criterios de consenso unánime

- 5.3. Aplicaciones de la teoría de la elección pública
 - 5.3.1. Aplicaciones de la teoría positiva de la elección pública
 - 5.3.1.1. Las razones que justifican la decisión colectiva.
 - 5.3.1.2. La elección pública en las decisiones de democracia directa
 - 5.3.1.2.1. La regla de la unanimidad
 - 5.3.1.2.2. La mayoría óptima
 - 5.3.1.2.3. La regla de la mayoría

1. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: UNA APROXIMACIÓN GENEALÓGICA

1.1. ASPECTOS PRELIMINARES

Desde hace tiempo, la idea de aplicar conceptos económicos para tener un mejor entendimiento del derecho se ha introducido como una disciplina auxiliar en el análisis jurídico contemporáneo. Esta idea ha sido desarrollada principalmente a partir de los años cincuenta del siglo pasado, especialmente en los Estados Unidos, con el nombre de “análisis económico del derecho” (de ahora en adelante AED). Aunque dependiendo de la perspectiva con que se aborde la economía como ciencia, se desarrollará de un modo distinto el Análisis económico del derecho, vamos a tomar una primera definición de esta nueva disciplina diciendo que por ella se entiende

“la aplicación de la teoría económica y los métodos econométricos para examinar la formación, estructura, proceso y el impacto de la ley y las instituciones legales”¹²⁷.

Tal como lo dijimos, en esta disciplina de análisis subyace el arquetipo según el cual las instituciones legales no son elementos aislados del sistema económico, sino que, por el contrario, son variables inmersas en él. Así, la disciplina del AED, desde una de sus perspectivas, busca determinar cuáles son los efectos de cambiar una o más leyes o instituciones teniendo en cuenta las demás variables presentes en el sistema económico y suponiendo que el sistema legal es una variable de análisis y no un complemento de una realidad dada.

127 ROWLEY, CHARLES, *Public Choice and the Economic Analysis of the Law. Law and Economics*: Kluwer Academic Press 1989, pág. 125. El texto en inglés dice: “The application of economic theory and econometric methods to examine the formation, structure, processes and impact of law and legal institutions”.

En principio, este tipo de análisis se aplica a instituciones jurídicas apegadas con realidades económicas, como el derecho comercial, el derecho de seguros, el derecho de la competencia y demás áreas del derecho fundadas en la regulación económica. Pero también, hay un creciente reconocimiento de la efectividad de dicha metodología en las demás áreas del derecho dedicadas al desarrollo de actividades de no mercado, como por ejemplo el derecho de familia, el derecho penal, el derecho de la responsabilidad civil, etc.

Ahora bien, el Análisis económico del derecho no escapa a la pluralidad conceptual inmersa en todas las disciplinas de la argumentación, por ello, en términos estrictos es una disciplina que tiene como fin otorgar a abogados y economistas otro modo de aproximarse argumentativamente a derecho, a partir de elementos conceptuales desarrollados en la economía o, incluso, al interior mismo del análisis económico del derecho. Por lo anterior, lo propio al abordar un estudio del análisis económico del derecho no es explicitar una doctrina con validez universal respecto del método usado para argumentar sobre lo jurídico a través de herramientas económicas, sino desarrollar un estudio de las diferentes metodologías desarrolladas durante el período en que surge el análisis económico del derecho, para así, en aras de enriquecer los linderos de la argumentación, establecer cómo es posible acercarse desde las diferentes perspectivas de la economía al derecho como institución.

En este primer buscaremos mostrar que el análisis económico del derecho no es tan novedoso como actualmente se cree. Haremos una aproximación a la evolución del análisis económico del derecho. Empezando por su *primera etapa*, que empieza estrictamente hablando en el siglo XIX, aun cuando algunos pudiéramos decir que empieza con el análisis económico de A. SMITH. Luego, pasa por su *segunda etapa*, que se funda a principios de los años cincuenta del siglo pasado, y ahora se centra en las críticas a la metodología, al sistema de análisis neoclásico y demás escuelas de análisis económico del derecho actuales.

1.2. PRIMER GIRO DE LA ECONOMÍA AL DERECHO: EL ANÁLISIS ECONÓMICO Y LA CIENCIA JURÍDICA

En nuestro concepto, la economía como *episteme*¹²⁸ empieza en el siglo de la ilustración con los estudios sobre la naturaleza humana y de la riqueza de HUME¹²⁹ y de SMITH¹³⁰. HUME en su *tratado sobre la naturaleza humana*, establece un conjunto de convenciones que los humanos hemos desarrollado en orden a hacer la cooperación posible en un mundo en que reina la escasez y la previsión limitada¹³¹. SMITH, por su parte, vio el papel crucial de los especuladores y los efectos desastrosos de la intervención gubernamental en el sistema de precios y en las políticas proteccionistas. Para algunos autores, estos pasajes nos muestran que, a su vez, con los estudios económicos comienza el Análisis económico del derecho, debido a que las investigaciones de estos autores y de muchos otros se centraron en el desarrollo de teorías éticas sobre el comportamiento humano basadas en la decisión racional o en el cálculo racional de costos y beneficios frente a ciertas normas de política. Siguiendo esta perspectiva, incluso, NICOLO MACCHIAVELLI puede ser tomado como un precursor del Análisis Económico del Derecho por sus estudios de los efectos de ciertas políticas en el desarrollo del “Estado” italiano en cabeza del joven LORENZO DE MEDICI¹³². También BECCARIA¹³³ con su estudio del efecto disuasivo de la sanción criminal y BENTHAM, con el desarrollo del cálculo racional frente al placer y

128 FOUCAULT, MICHEL, *Las palabras y las cosas: una arqueología de las ciencias humanas*. México: Siglo XXI, 1990, págs. 164 y sigs.

129 VÉASE: HUME, DAVID, *Tratado sobre la naturaleza humana*. Madrid, Orbis, 1984.

130 VÉASE: SMITH, ADAM, *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. Fondo de Cultura Económica, México, 1982.

131 MACKAAY, *op. cit.*, pág. 68.

132 En el acápite respecto de la palabra dada, MAQUIAVELO hace una relación costo beneficio al estilo de BENTHAM diciendo que: ...

133 Véase: BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*. Madrid: Alianza, 1982.

al dolor aplicado a aspectos legales¹³⁴. Es interesante resaltar que los estudios de BENTHAM se constituyen en un primer intento por la sistematización de un principio para el desarrollo del análisis “económico” de instituciones jurídicas. Su moral utilitarista le llevó al desarrollo de una teoría de maximización de la felicidad. Decía que los individuos maximizaban racionalmente en busca del logro de sus propios intereses, siendo esto así, es posible elaborar modelos de comportamiento que tuvieran como objetivo el estudio del efecto del placer y el dolor sobre el comportamiento humano. Por ello dijo que:

“La naturaleza ha colocado a la humanidad bajo el dominio de dos amos soberanos, el dolor y el placer, ...Ellos nos gobiernan en todo lo que hacemos, en todo lo que decimos y en todo lo que pensamos”¹³⁵.

Así, el método de BENTHAM buscaba la “eficiencia”, pues su objetivo era maximizar el placer y minimizar el dolor, con el fin de ser más feliz. Esta es una característica humana general; todos los hombres hacen cálculo económico, pues como dice el autor,

“los hombres calculan, algunos con mayor exactitud que otros, desde luego, pero todos los hombres calculan. Ni siquiera en el caso de un loco, diría... que no calcula”¹³⁶.

Con todo, debemos tener presente que estos autores —SMITH, HUME, BENTHAM, y BECCARIA— no tuvieron una conciencia precisa de su objetivo, es decir, hacer un “Análisis Económico del Derecho”. Esto por dos razones: primero, la economía, tal como hoy la conocemos, en aquel entonces no era sino una disciplina nueva sin un gran aparato teórico conceptual que le otorgara mayor fuerza argumentativa; y segundo, estos escritos no desarrollaron un método,

134 Véase: BENTHAM, J. JEREMÍAS BENTHAM: *Escritos económicos*. México: FCE, 1990.

135 BENTHAM, JEREMY. A fragment of government and an introduction to the principles of morals and legislation. En: JEREMÍAS BENTHAM: *Escritos económicos*. México: Fondo de la Cultura Económica, 1999. Citado por: ROERMER, *op. cit.*, pág. 7.

136 *Ibidem*, pág. 7.

procedimiento o teoría que llevara a desarrollar un entendimiento sistemático del derecho a través del modelo de la decisión racional¹³⁷.

Esta segunda razón, terminó por ser el objetivo principal del movimiento que da origen a la primera etapa del pensamiento en Análisis Económico del Derecho. Este fue un movimiento estrictamente europeo, que terminó por aterrizar en los Estados Unidos a través de la influencia del movimiento institucionalista¹³⁸ a principios del siglo XX.

Los proponentes de esta escuela institucionalista, pretendieron desarrollar una respuesta a la pregunta por el origen del postulado fundamental de la economía de mercado. Quisieron entender, ¿cómo la propiedad y otros derechos eran determinados, histórica y funcionalmente, a través de diferentes sociedades? La pregunta surge como una reacción discursiva a la respuesta de corte *ius naturalista* que fundamentan LOCKE y HEGEL, según la cual la propiedad surge previa a cualquier ordenamiento jurídico positivo, pues es el hombre, con su trabajo, quien desarrolla “un derecho sobre la cosa” y, por ello, la principal obligación del Estado no es sólo proveer la seguridad física sino también proteger la propiedad privada¹³⁹. Esta respuesta le pareció insatisfactoria a los proponentes de esta “escuela” pues no daba cuenta de las posibles variaciones de los derechos en el tiempo y el espacio. Consideraron que los cambios en los derechos de propiedad, desde su punto de vista, deberían reflejar cambios en las condiciones del sistema económico. Así, ellos, en su mayoría economistas, buscaban desarrollar una “ciencia que explicara los derechos”¹⁴⁰.

137 MACKAAY, *op. cit.*, pág. 68.

138 Un estudio más profundo sobre esta *primera etapa* en: PEARSON, HEALTH. *Origins of law and economics: the economists' new science of law*. New York: Cambridge University, 1997.

139 Véase: LOCKE, J. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Madrid: Alianza, 1990.

140 PEARSON, *op. cit.*, pág. 33.

El núcleo de la tesis de este movimiento decía que los derechos son contingentes según las condiciones económicas y sociales. Esta tesis fue aceptada fácilmente por la doctrina de la época, incluso por MARX en sus escritos de finales de 1859¹⁴¹ por juristas como RUDOLPH VON IHERING, OTTO VON GIERKE, y HENRY MAINE. Posteriormente, quienes se adhirieron a esta escuela se comprometieron con un conjunto variado de estudios históricos de derecho sobre la tierra y derecho de los contratos. Estos estudios mostraron cómo las instituciones jurídicas cambian, por elementos como la densidad de la población, la calidad de los suelos y el tipo de explotación comercial¹⁴². Además, las investigaciones se centraron en qué elementos eran objeto del derecho de propiedad individual, qué cosas se dejaban como comunales y qué normas, respecto del modo de compartir, se aplicaban a estos bienes. Con todo, las explicaciones no eran de corte jurídico, eran de corte económico, pues se centraban en costos y beneficios para individuos que deciden racionalmente en un ambiente de escasez de recursos.

Ahora bien, poco tiempo después de su aparición, este movimiento entró en decadencia. Según PERSON¹⁴³, dos factores contribuyeron a la decadencia de este movimiento: primero, la especialización de los estudios de las ciencias sociales, los economistas restringieron su campo de acción a materias estrictamente relacionadas con los mercados. Así, sus estudios se enfocaron únicamente en el desarrollo de los mercados y las relaciones de interacción presentes en los mismos, pero suponiendo que las instituciones estaban dadas. La segunda razón que llevó a la casi desaparición de este movimiento

141 VÉASE: MARX, KARL, *A contribution to the critique of political economy*. New York: International, 1981; IHERING, RUDOLPH VON, *La lucha por el derecho*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1990; VON GIERKE, OTTO. *Las raíces del contrato de servicios*. Madrid: Civitas, 1982; MAINE, HENRY SUMNER. *The Early History of the Property of Married Women, As Collected from Roman and Hindu Law*. A. IRELAND and Co. [for the Married Women's Property Committee], Manchester, 1873.

142 MACKAAY, *op. cit.*, pág. 70.

143 PEARSON, *op. cit.*, pág. 131.

fueron las excesivas réplicas de éstos en el desarrollo de políticas jurídicas y, sobretodo, la difusa metodología económica en que ellos recaían. Tal como lo dice BLAUG:

“Una mejor descripción de la metodología de trabajo de los institucionalistas es la *cuentaría*... *La cuentería* hace uso de los métodos que los historiadores llaman coligar, pegar hechos, generalizaciones de bajo nivel, teoría de alto nivel y juicios de valor, en una narrativa coherente, unidas por un pegamento formado por un conjunto creencias y actitudes que el autor comparte con sus lectores”¹⁴⁴.

Por otro lado, el hecho que llevó a la caída de este movimiento, fue la falta de interés que despertó en la comunidad de juristas, pues en ella no hubo un intento o un interés por recuperar la metodología desarrollada por esta escuela. Esto fue así, ya que las conclusiones históricas y los modelos desarrollados por el movimiento no convencieron a los abogados, pues para ellos, estudiar las consecuencias del derecho sólo desde la economía no tomaba en cuenta todas las tendencias y aspiraciones de la acción humana que reflejan con el derecho¹⁴⁵.

Lo anterior también es parte del pobre estadio de desarrollo de la ciencia económica en esa época. Esto mismo llevó a que miembros del movimiento se centraran en problemas metodológicos de la economía y olvidaran estudiar las instituciones jurídicas como elementos de la economía. Además, a medida que la economía se convertía en una profesión y sus explicaciones se especializaban, el estudiar estas cuestiones institucionales se hacía cada vez más etéreo.

144 BLAUG, MARK, *The Methodology of Economics, or How Economists Explain*. Cambridge, Cambridge University Press, 1980, pág. 126. El texto original dice: “A much better description of the working methodology of institutionalists is *Storytelling*... Storytelling makes use of the method that historians call colligation, the bundling together of facts, low-level generalizations, high level theories, and value judgments in a coherent narrative, held together by a glue of an implicit set of beliefs and attitudes that the author shares with his readers”.

145 MACKAAY, *op. cit.*, pág. 71.

1.3. EL SEGUNDO GIRO: LA ESCUELA DE CHICAGO Y LA IMPOSICIÓN DISCIPLINAR DEL ANÁLISIS ECONÓMICO EN EL DERECHO

La segunda etapa del movimiento de Análisis Económico del Derecho la vamos a explicar por medio de una periodización, esto únicamente lo hacemos con ánimo pedagógico pues hay algunas ideas que se traslapan y, por ello, no es adecuado en la exposición metodológica seguir con una línea dada.

1.3.1. LA PRIMERA ETAPA

Los nuevos estudios de Análisis Económico del Derecho comienzan en la década de 1930, en la que en el Reino Unido, ARNOLD PLANT desarrolla su estudio de la economía de los derechos de propiedad intelectual¹⁴⁶ y RONALD COASE publica su texto sobre la naturaleza de la firma¹⁴⁷. Con todo, sólo hasta 1940, se puede ubicar un origen del análisis económico del derecho contemporáneo en las aulas de la escuela de Chicago. En ese entonces, de manera extraña, se dejó bajo las riendas de un economista, HENRY SIMONS, la dirección de la escuela de derecho de la Universidad de Chicago. Posteriormente éste fue remplazado por AARON DIRECTOR, también economista quien tenía muy buenas relaciones con el departamento de economía de la misma universidad.

En esta escuela de economía se estaba formando el grupo que hoy llamamos, Chicago boys, el cual, encabezado por MILTON FRIEDMAN, enriquecería el debate al interior de la escuela de derecho de la universidad. AARON DIRECTOR quería que la escuela de leyes enfocase a los abogados en el análisis económico, ésta no era tarea fácil pues los juristas de la época tenían como antecedente a la escuela

146 PLANT, ARNOLD, The Economic Aspects of Copyright in Books, *Economica*, 1934, 167-195.

147 COASE, RONALD, The Nature of the Firm, No. 4. *Economica* (n.s.), 1937.

institucionalista de la primera época, la cual falló en el intento. Así, DIRECTOR se centró en el desarrollo de numerosos textos que mostrasen la aplicación del pensamiento económico en el desarrollo de casos legales¹⁴⁸. DIRECTOR llegó a conclusiones tales como que en orden a lograr una competencia efectiva, la industria debía ser seguida de cerca por el Estado y, por tanto, regulada por él¹⁴⁹. Los esfuerzos de DIRECTOR se enfocaron durante los años cuarenta y cincuenta en desarrollar estudios en temas como el derecho de sociedades, el derecho de seguros, el derecho laboral, el impuesto de renta, la regulación de servicios públicos y el derecho de la responsabilidad civil.

Este período es llamado por POSNER como el período del “viejo” Análisis Económico del Derecho. Su contraste con el nuevo Análisis Económico del Derecho se presenta en los años sesenta, en el cual la agenda de investigaciones se enfocaba en la aplicación de la economía neoclásica a los elementos nucleares del derecho y sus temas principales, como la legislación de los contratos, la propiedad, la responsabilidad civil y el derecho penal. Como dice ROWLEY, frente a los movimientos:

“su diferencia es la aplicación de la economía de mercado a instituciones legales, reglas, y procedimientos que en ciertas áreas no son convencionalmente vistos como influencias en el comportamiento de los mercados, pero que son definidos en términos de falla de mercado”¹⁵⁰.

148 DIRECTOR, AARON. Review of Bassett Jones, *Debt and Production: The Operating Characteristics of Our Industrial Economy*, 43 *Journal of Political Economy* 405 (1933); *The Economics of Technocracy*, University of Chicago Press (1933); *Federal Tax Reform*, University of Chicago Press (1950); Review of CARL KAYSEN, *United States v. United Shoe Machinery Corporation: An Economic Analysis of an Antitrust Case*, 24 *University of Chicago Law Review* 606 (1957).

149 DIRECTOR, AARON. Review of Bassett Jones, *Debt and Production: The Operating Characteristics of Our Industrial Economy*, 43 *Journal of Political Economy* 405 (1933). Véase: MACKAAY, *op. cit.*, pág. 72.

150 ROWLEY, CHARLES. The Reason of Rules: Constitutional Contract Versus Political Market Conflict' *The Annual Review of Conflict Knowledge and Conflict Resolution*, vol. 2, 1990, págs. 195-228.

Quizá, podemos decir, que la diferencia entre cada esquema fue inflada. Ahora bien, con el trabajo de GARY BECKER cambió el panorama. BECKER se dedicó al análisis del comportamiento de los agentes en actividades de no mercado por medio de herramientas económicas. El mismo dice:

“He llegado a la posición de que la aproximación económica es de tipo comprehensivo aplicable a todo el comportamiento humano, sea que éste implique los precios monetarios o los precios sombra, decisiones repetidas o infrecuentes, pequeñas o largas decisiones, fines emocionales o mecánicos”¹⁵¹.

Como vemos, BECKER insistió en la relevancia del análisis económico de la caridad, el amor y las adicciones, llevando a ejecutar análisis del matrimonio¹⁵², la discriminación racial, la criminalidad, el divorcio o la inestabilidad marital¹⁵³, la familia, etc. Esta línea de pensamiento de BECKER abrió el camino a los estudios de CALABRESI y COASE en las normas de responsabilidad y derechos de propiedad¹⁵⁴.

En este mismo período, se publicaron otros estudios de SCOTT GORDON¹⁵⁵, quien estudió el manejo de la propiedad común en las pesqueras, encontrando la falla del mercado de la economía de los recursos naturales llamada la *tragedia de los bienes comunes*. Luego,

151 BECKER, GARY. *The Economic Approach to Human Behavior*. University of Chicago Press, 1976. pág. 8. “... I have reached to the position that the economic approach is a comprehensive one that is applicable to all human behavior, be it behavior involving money prices or imputed shadow prices, repeated or infrequent decisions, large or minor decisions, emotional or mechanical ends”.

152 Análisis que ejecutó antes de casarse.

153 Análisis que desarrolló durante su proceso de divorcio.

154 POSNER, RICHARD A., *Economic Analysis of Law*, Aspen Law & Business, 5th edition, 1998, pág. 26.

155 GORDON, HOWARD SCOTT. 1954. The Economic Theory of a Common Property Resource: The Fishery. *Journal of the Political Economy* 62(April): 124-142.

DOWNS¹⁵⁶ desarrolla una teoría económica de la democracia, en la que abre el campo de investigación al estudio de las instituciones políticas y del derecho constitucional.

1.3.2. EL JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS EN LA ESCUELA DE CHICAGO

Nace pues un paradigma, propuesto por la naciente escuela de Chicago, según el cual la ciencia económica está presente en el análisis de las principales ramas del derecho. Este paradigma se asentó académicamente con la creación, en la escuela de derecho de la universidad de Chicago, del *Journal of law and economics*, cuyo primer editor fue AARON DIRECTOR y posteriormente RONALD COASE. Este último inició sus publicaciones en la naciente revista con su afamado y seminal artículo *El problema del costo social*¹⁵⁷.

En este artículo COASE propone que, el problema de las externalidades se resuelve fácilmente en un mundo sin costos de transacción, pues simplemente es necesario que se asignen los derechos de propiedad y, sin importar en cabeza de quien sean éstos asignados, el mercado mismo llevará a una solución óptima. Además de lo anterior, que en términos estrictos fue dicho en forma de ironía tal como lo dice en su discurso de recepción al premio Nóbel¹⁵⁸, COASE buscó resaltar la importancia de los costos de transacción en las actividades de mercado. Éstos, como se verá, son aquellos costos en los que se incurre en toda transacción de mercado al momento de identificar con quien contratar, al negociar el contrato y al asegurar

156 DOWNS, ANTHONY, *An economic theory of democracy*. Nueva York: Harper and Row, cap. 13, 1957, págs. 238-259.

157 COASE, RONALD, The problem of social cost, No. 3 *Journal of Law & Economics*, 1960.

158 COASE, RONALD, *The Institutional Structure of Production*. Price Lecture. Diciembre 9, 1991. En: <http://www.nobel.se/economics/laureates/1991/coase-lecture.html>.

el cumplimiento del acuerdo. En reducidas cuentas, los costos de transacción se reducen a los costos de información y costos por comportamiento estratégico de los agentes¹⁵⁹. Dicho esto, para COASE, el principal objetivo de la ley, como institución y de las demás instituciones, es reducir los costos de transacción¹⁶⁰.

Después del artículo de COASE, la nueva escuela produce, por intermedio de ALCHIAN, un artículo relacionado con la racionalidad de los derechos de propiedad¹⁶¹. Este artículo desarrolló los diferentes efectos de la propiedad privada y la pública y determinó que la regulación sobre la propiedad podía ser manipulada como una variable económica más¹⁶². Luego, surge el ya mencionado CALABRESI, quien siendo abogado de la Universidad de Yale, desarrolla un estudio de la responsabilidad en el que, a partir de unos principios simples de teoría del precio, encuentra que el sistema de responsabilidad debe buscar inducir en los agentes el nivel óptimo de cuidado en el desarrollo de actividades peligrosas o riesgosas que pueden causar daños a otros, a través de la internalización de los costos del daño así como de los costos administrativos del mismo.

Sin tener en cuenta a CALABRESI, en estos años sesenta, la literatura era principalmente producida por economistas, por ello su foco de atención eran los derechos de propiedad, que llevaron al desarrollo de la doctrina llamada *the property right approach*, la cual incluso lidió con las prácticas contractuales, los productos de la responsabilidad y las formas de la regulación industrial. Respecto de los abogados que contribuyeron en este período están CALABRESI

159 FUROBOTHN, EIRIK, y RICHTER, RUDOLF, *Institutions and economic theory: The new institutional economics*. Michigan: University of Michigan, 1998.

160 KLEIN, PETER, *New Institutional Economics*. Encyclopedia of Law and Economics. 1999. En: <http://encyclo.findlaw.com>.

161 ALCHIAN, ARMEN. Some Economics of Property Rights, *Il Politico*, 1965; 30, 816-829.

162 MACKAAY, *op. cit.*, pág. 74.

y MANNE. Y la participación de éstos se constituyó como un hecho de suma importancia debido a que convencer a los juristas de la validez de una teoría, permite que ella haga parte del derecho mismo. El trabajo de CALABRESI fue fundamental, pues usó principios económicos básicos con los cuales pudo racionalizar todo el cuerpo del derecho y desarrollar las bases coherentes de su reforma¹⁶³. Con todo, quizás el principal trabajo de adaptación del análisis económico del derecho en el ámbito jurídico lo desarrolló POSNER, con su *Introducción al análisis económico del derecho*.

1.3.3. REACCIONES ANTE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Cuando hablamos de una aceptación doctrinal del paradigma, nos referimos a la aceptación de los estudios y de la metodología del análisis económico del derecho en las escuelas de derecho. Esto no hubiera sido posible sin la creación del *Journal of law and economics* y de la publicación del libro de POSNER, *Economic analysis of law*¹⁶⁴. Estos dos hechos marcan la entrada del movimiento del Análisis Económico del Derecho en las escuelas de derecho de los Estados Unidos.

La introducción del trabajo de POSNER en las escuelas de derecho se facilitó debido a que su texto es un escrito realizado por un abogado y dirigido estrictamente a abogados. Así, la facilidad y soltura de su lenguaje permitió el acceso de toda la comunidad legal a dicho texto. La tesis fundamental del libro parecía un imperialismo moderno de la teoría del precio en las nuevas doctrinas jurídicas, tal como dice EPSTEIN, al decir:

163 VELJANOVSKI, CENTO G., *The Economics of Law - An Introductory Text*, London, Institute of Economic Affairs, 1990. Citado por: MACKAAY, *op. cit.*, pág. 75.

164 POSNER, RICHARD. *Values and consequences: An introduction to economic analysis of law. Chicago working papers in law and economics*. 1998.

“tú nombra la rama del derecho, y yo te mostraré como unos cuantos principios de teoría del precio dictan su estructura económica implícita”¹⁶⁵.

Pero quizás el elemento principal del texto no fue tanto el desarrollo de un análisis económico del derecho nuevo fundado en los principios de la economía neoclásica, sino el explicitar la “tesis de la eficiencia del *common law*”. En contribuciones anteriores, como las de ALCHIAN, CALABRESI y MANE, los doctrinantes del análisis económico del derecho habían mostrado que diferentes instituciones, derechos de propiedad, contratos, reglas de responsabilidad, etc. – podían ser vistas como la “mejor opción”, en el sentido de la eficiencia planteada por el paradigma neoclásico. Así, los autores dijeron en resumen, tal como dice MACKAAY, que la propiedad privada otorga incentivos para la asignación de recursos escasos de un mejor modo que la propiedad pública; que el derecho de los contratos reduce los costos de transacción en la negociación debido a las tipologías previamente establecidas en la ley; y que la responsabilidad civil puede ser vista como leyes preventivas que internalizan los daños a los demás en quien puede decidir sobre la ejecución de una actividad riesgosa, y no como simples normas para reestablecer el daño.

POSNER fue más allá de estas teorías y generalizó estas ideas al decir que todas las normas del *common law*, lo único que buscan es llegar a la eficiencia, maximizando el bienestar de la sociedad¹⁶⁶. La tesis de POSNER presentó un panorama de investigación atractivo para los abogados, en el cual, usando conceptos prestados de la economía neoclásica, podía encontrar cuál sería la norma más eficiente a través de los dominios del *common law* tradicional y

165 EPSTEIN. RICHARD A. Law and Economics: Its Glorious Past and Cloudy Future, *University of Chicago Law Review*, No. 64, 1167, 1997, pág. 1168. “You name the legal field, and I will show you how a few fundamental principles of price theory dictate its implicit economic structure”. Citado por: MACKAAY, *op. cit.*, pág. 76.

166 MACKAAY, *op. cit.*, pág. 76.

como en realidad el *common law* respeta esa lógica de asignación de la norma más eficiente¹⁶⁷. Desde luego, estos objetivos fueron los que inspiraron el Análisis económico del derecho tradicional desde los años setenta. Con todo, no es fácil decir si fue más atractivo para los abogados norteamericanos la aproximación positiva o normativa al estudio de las normas jurídicas pues ambos enfoques han tenido suficientes desarrollos.

Ahora bien, no podemos decir que la teoría tradicional del Análisis Económico del Derecho se caracterice por haber sido unívocamente aceptada. Como todo movimiento teórico tuvo sus contradictores. Los primeros surgieron en los años setenta, o incluso antes con HAYEK. Pero, las principales críticas vienen de los institucionalistas. Por ejemplo SCHMID, resaltó que, dado que toda distribución de derechos de propiedad es una asignación de recursos que minimiza los costos, la minimización misma y por ello la lógica de la eficiencia de POSNER, no puede proveer los fundamentos al modo en que los derechos de propiedad han de ser distribuidos en la sociedad¹⁶⁸. Las críticas no pararon allí, POSNER debió defender su teoría de los ataques del comunitarismo, encabezados por DWORKIN, y los ataques de los filósofos de derecho como FREID, KENNEDY, BUCHANAN, HORWITZ, y el austriaco RIZZO. Éstos encontraron un conjunto de debilidades de la tesis de la eficiencia de POSNER que explicaremos en un capítulo posterior.

Ahora bien, estos debates dieron el impulso necesario a otras escuelas para proponer nuevas teorías y metodologías sobre el análisis económico del derecho. Por esto, la única escuela de estudio en las facultades de derecho no es la escuela de Análisis económico

167 MACKAAY, *op. cit.*, pág. 77.

168 SCHMID, A. ALLEN, 'The Economics of Property Rights: A Review Article', in Samuels, Warren, J. (ed.), *The Chicago School of Political Economy*, East Lansing, Mich., Association of Evolutionary Economics and Michigan State University, 469-479, 1976.

del derecho tradicional, representada por POSNER, CALABRESI, EASTERBROOK, BORK, BREYER y SCALIA¹⁶⁹, por el contrario, ahora existen otras aproximaciones al Análisis Económico del Derecho cuyo contenido es más abierto a la interdisciplinariedad. Incluso, los nuevos textos de análisis económico del derecho no se centran en el estudio exclusivo de la escuela de Chicago como el COOTER y ULEN, sino que analizan las demás escuelas surgidas paralela o posteriormente a la escuela de Chicago. Los textos de estudio actuales como el de MERCURO y MEDENA¹⁷⁰, en los que se estudia la escuela tradicional, la escuela institucionalista, la escuela neoinstitucionalista, la escuela de la elección pública, la escuela de los estudios críticos del derecho e incluso la escuela austriaca de derecho y economía.

1.4. LOS LÍMITES DEL GIRO AL DERECHO Y LAS NUEVAS ESCUELAS DE ANÁLISIS ECONÓMICO

Tal como se mencionó, debido a la gran cantidad de visiones del análisis económico del derecho, es imposible determinar un único patrón de análisis. Con todo hay un conjunto de temas comunes los cuales dirigen la atención de los investigadores del Análisis Económico del Derecho. Estas nuevas tendencias objetan el trabajo de la escuela de Chicago o la complementan en muchos sentidos. Así, vamos a mencionar, a modo de abre bocas para lo que viene, un conjunto de temas objeto de estudio por abogados y economistas, los cuales hacen parte del posterior estudio que haremos del Análisis Económico del Derecho. Estos temas son: las instituciones; el comportamiento estratégico en la interacción humana; la racionalidad limitada; la incertidumbre y la empresarialidad; la teoría de la elección pública y la teoría de juegos; y el análisis económico del derecho desde la sociología del derecho.

169 MACKAAY, *op. cit.*, pág. 81.

170 MERCURO & MEDEMA, *op. cit.* págs. 3 y sigs.

1.4.1. LAS INSTITUCIONES

El importante rol de las instituciones ha sido planteado por muchos economistas incluso desde antes de los setenta. COASE, inicialmente clasificado como parte de la escuela de Chicago, ahora llamado neoinstitucionalista¹⁷¹, recalcó la importancia de las instituciones en el desarrollo de una búsqueda de la cooperación para disminuir los costos de transacción. Por ello dijo:

“Tiene poco sentido para un economista discutir el proceso de intercambio sin especificar el arreglo institucional en el que las transacciones tienen lugar dado que esto afecta los incentivos para producir y los costos de transacción”¹⁷².

El modelo neoclásico olvida las instituciones y las supone como dadas en orden a facilitar el análisis¹⁷³. Así, muchos de los modelos formales de competencia, intercambio y equilibrio han olvidado que los hombres son ignorantes y también que la información implica un costo. Lo que han hecho muchas instituciones de nuestro sistema, es lidiar con estas condiciones humanas y buscar hacer más fácil la creación del conocimiento y la disminución de los costos de acceso a información. Tal como dicen BROWNING y REISS,

“si los humanos fueran seres omniscientes, muchos de los mercados no tendrían sentido. Después de todo, no hay razón para intercambiar acciones (en el mercado de valores) si todos saben el verdadero valor de una compañía.

171 FUNBOTHN, *op. cit.*, pág. 12.

172 COASE, R. COASE, RONALD H. (1994), *Essays on Economics and Economists*, Chicago, The University of Chicago Press. pág. 12. El texto dice: “It makes little sense for economist to discuss the process of exchange without specifying the institutional setting within which the trading takes place since this affects the incentives to produce and the costs of transacting”.

173 KLEIN, P., *op. cit.*, pág. 459.

Y los mercados son el mejor sistema aun visto para superar las limitaciones humanas respecto de que construir, comprar o vender¹⁷⁴.

Como podemos apreciar, las instituciones responden a la apreciación de que en la realidad, las situaciones son muy complejas para que los actores económicos ordinarios encuentren acuerdos óptimos. Así, Según DOUGLAS NORTH:

“Cuando es costoso transar, entonces las instituciones importan. Y es costoso transar... Las instituciones son restricciones diseñadas humanamente que estructuran la interacción humana. Ellas se constituyen de restricciones formales (v. gr. reglas, leyes, constituciones), restricciones informales, (v. gr. normas de comportamiento, convenciones, normas de conducta autoimpuestas), y sus características de garantía¹⁷⁵.”

NORTH nos indica entonces que las instituciones le simplifican los problemas de decisión a los actores económicos, imponiendo restricciones en la posible acción de los agentes. Así,

“las instituciones son, en un sentido importante, conocimiento social estable. Siguiendo patrones de comportamiento institucionalmente sancionados, los individuos separadamente, pueden coordinar completamente sus acciones y planes. Esto es porque las instituciones normalmente limitan las opciones disponibles a cada individuo a través de la reducción de la incertidumbre respecto de lo que los demás harán¹⁷⁶.”

174 BROWNING, JOHN and REISS, SPENCER, ‘Encyclopedia of the New Economy’, *Wired Magazine*, From March 6 to May 6, 98. En: <http://hotwired.wired.com/special/ene>.

175 NORTH, DOUGLASS C. (1996), ‘Economic Performance Through Time’, in Alston, LEE J., EGGERTSSON, THRÁINN and NORTH, DOUGLASS C. (eds.). *Empirical Studies in Institutional Change*, New York, Cambridge University Press, pág. 344. El texto original dice: “When it is costly to transact, then institutions matter. And it is costly to transact. ...Institutions are the humanly devised constrains that structure human interaction. They are made up of formal constrains (e.g., rules, laws, constitutions), informal constrains (e.g., norms of behavior, conventions, self-imposed codes of conduct), and their enforcement characteristics”.

176 O’DRISCOLL JR., GERALD P. and RIZZO, MARIO J., *The Economics of Time and Ignorance*, London, Routledge (2nd ed.). p. xxii. 1996, Citado por: MACKAAY, *op. cit.*, pág. 83.

Claro que este esquema no escapa a críticas, algunos han resaltado las falencias de las instituciones, pues éstas surgen según las circunstancias y las fallas o necesidades del momento. Y como las circunstancias cambian, en cierto tiempo la institución formal establecida puede representar la situación menos óptima y su rigidez impide que su ajuste se presente automáticamente. Así, el beneficio de la seguridad se paga con el riesgo del cambio posterior.

1.4.2. COMPORTAMIENTO ESTRATÉGICO EN LA INTERACCIÓN HUMANA

El principal exponente de esta posición respecto del Análisis Económico del Derecho es OLIVER WILLIAMSON, quien le ha prestado mucha atención al comportamiento estratégico de los agentes económicos. El comportamiento estratégico de los agentes parte de la teoría de la decisión racional y la teoría de juegos, las cuales, a partir del desarrollo de la idea del oportunismo supone que cada agente se comporta maximizando su bienestar pero teniendo en cuenta que los demás agentes también maximizan. En términos de análisis económico del derecho, WILLIAMSON ha analizado entre otras las normas, las decisiones al interior de las sociedades, las normas de negociación colectiva y las normas de propiedad intelectual.

Este comportamiento estratégico puede ser considerado como una falla de mercado, pues está ausente en el modelo de equilibrio general neoclásico. Pero con todo, es una herramienta de análisis muy poderosa, tanto para abogados como para economistas, pues permite una explicación más asentada a la realidad del desarrollo de instituciones. Así, considerar el comportamiento estratégico es simplemente una refinación a la teoría neo-institucionalista¹⁷⁷.

177 МАСКААУ, *op. cit.*, pág. 86.

1.4.3. LA RACIONALIDAD LIMITADA

Un aporte de la psicología al análisis económico del derecho es formulado por el desarrollo de las pruebas con respecto a la racionalidad. Los psicólogos han demostrado que los humanos no nos comportamos “racionalmente”, en términos de transitividad de las preferencias y de uso de toda la información disponible. Muchos de estos hallazgos se centran en el problema de la información del mercado. Así, nosotros no desarrollamos intuitivamente la inferencia estadística apropiada a partir de una larga serie de eventos, sino que nos apegamos más a los eventos recientes. También, se ha observado que nosotros no preguntamos o buscamos los precios de aquello que vamos a adquirir tanto como aquello que vendemos.

1.4.4. LA INCERTIDUMBRE, EL DESCUBRIMIENTO Y LA EMPRESARIALIDAD

La escuela austriaca de economía ha resaltado muchos aspectos que el modelo neoclásico dejó de lado. Los austriacos no consideran el conocimiento como dado. Ellos creen que el conocimiento se desarrolla a través del descubrimiento. La esencia de la actividad económica es el descubrimiento de nuevos productos. Estos descubrimientos son los que permiten a una firma tener un monopolio instantáneo sobre el mercado y es ello lo que incentiva competir, pues de no haber barreras legales a la competencia, una firma estará dispuesta a innovar para ganar ese puesto monopolístico en el mercado fundada únicamente en la empresariedad. Consiste la empresariedad en la capacidad típicamente humana para crear y descubrir fines y medios continuamente, teniendo en cuenta que dichos recursos no son estáticos, sino que son dinámicos. El mercado parte de un proceso de constante innovación, creación y descubrimiento que tiene como móvil la utilidad, que no es exclusivamente influenciada por elementos materiales, sino también por las emociones como lo

son el miedo, la desazón, la envidia, el altruismo, etc.¹⁷⁸. Es la capacidad de descubrir del empresario la que amplía los caminos a las nuevas oportunidades, la cual estará siempre mediada por el deseo de confort y elusión del displacer. De esta manera, tal como lo expresa KIRZNER, la empresarialidad patentiza la apertura de nuestra sociedad hacia el futuro¹⁷⁹.

Entonces, para la escuela austriaca, la competencia es un problema de descubrimiento, de creatividad empresarial. La esencia del proceso competitivo se da con la innovación, la imitación y la subsecuente innovación. El objetivo es atrapar los nichos del mercado, y con ello desarrollar monopolios dinámicos temporales.

¿Por qué para la escuela austriaca el mercado, la ley o las normas pueden modificar el comportamiento esperado de los agentes? La respuesta nos remite al proceso del cálculo económico racional. Los austriacos suponen que el móvil de toda acción está dado por el fin que se persigue. Y la consecución de fines está determinada en función de los beneficios y de la utilidad esperada surgida del juicio estimativo de los resultados de los posibles cursos de acción¹⁸⁰. Los cursos de acción están sometidos a restricciones, sean tecnológicas, presupuestales, legales o normativas, de tal manera que cada actor puede determinar mecanismos que permitan superar las restricciones o, sometido a ellas, definir cuál es el mejor curso de acción posible dentro del conjunto de oportunidades de acción que se le presenta¹⁸¹.

178 BRENNER, R., *Betting on Ideas: Wars, invention, Inflation*. Chicago: University of Chicago Press, 1989. Citado por: MACKAAY, E., *op. cit.*, pág. 871. Véase además: ELSTER, JON. Emotions and economic theory. *Journal of economic literature*, vol. 36, No. 1, March, 1998.

179 KIRZNER, ISRAEL, El empresario. En: *Estudios de economía política*. Traducido por: JESÚS HUERTA DE SOTO, Unión Editorial: Madrid, 1994.

180 HUERTA DE SOTO, JESÚS, *Socialismo, cálculo económico y función empresarial*. Madrid: Unión Editorial, 2001, pág. 26.

181 *Ibíd.*

Por esto, incluso en la más simple economía de mercado todos los sujetos pretenden lo mismo, esto es, la maximización de la utilidad o el beneficio. Ello se logra porque todos y cada uno de los individuos se impelen en vista del interés propio con vistas del logro de los fines particulares.

Volviendo a los términos de los incentivos, el mercado deja la puerta abierta a la libertad, siendo la vida y sus vicisitudes el principal incentivo de acción. La empresarialidad indica esa aptitud que todo ser humano posee, patentizada en “una innata capacidad creativa que le permite apreciar y descubrir las oportunidades de ganancia que surgen en su entorno, actuando en consecuencia para aprovecharlas”¹⁸².

En la economía actual, el papel de la empresarialidad se ha mitigado al punto que la suposición de un hombre libre que actúe en un entorno dinámico y que puede por su propio albedrío lograr sus propios fines es una “utopía”. La economía, por lo menos esa parte de la teoría que se denomina *mainstream economics*, olvida que el hombre puede ser su propio guía y por ello supone que el Estado es llamado a entregar los incentivos y disuasivos de acción, por intermedio de instrumentos legales. Así a partir de un conjunto de “normas” de comportamiento de los agentes, derivadas de la observación, el economista puede “esperar” un determinado efecto de la acción de los agentes sometidos a diferentes instrumentos generadores de disuasores e incentivos¹⁸³. Estas “normas” económicas del comportamiento se aplican a todos los agentes en el mercado y permiten la determinación de sistemas, métodos y mecanismos de disuasión e incentivo, sean éstos premios o penas. En este entender, la labor de desarrollo de incentivos económicos por intermedio de la actividad legislativa y reglamentaria se construye

182 HUERTA DE SOTO, JESÚS, La libertad de empresa. En: *Anuario de economía*. Negocios Ediciones: Madrid, 1996, pág. 78.

183 Los cuales se plasman en modelos económicos que permiten la “experimentación teórica” al científico económico.

como una actividad de dirección económica de los efectos del comportamiento de los agentes ante diferentes sanciones¹⁸⁴. Este postulado de dirección en el desarrollo legislativo se aplica a todas las áreas del derecho¹⁸⁵ pues, independiente de ellas, el comportamiento de los agentes se determina por un proceso deliberado en el que intervienen fines y medios¹⁸⁶ que se afectan por las restricciones legislativas.

184 Una referencia obligatoria para este punto es el texto de MARK SEIDENFELD, *Microeconomic predicates to law and economics*. ANDERSON: Cincinnati, Ohio, 1998. Entiéndase que el efecto de la sanción no se refiere únicamente a la pena sino también al premio derivado de la acción sancionada.

185 Por ejemplo, en el derecho de familia colombiano las normas que regulan la asociación mediante contrato de matrimonio impiden que éste sea celebrado por personas del mismo género (Artículo 113 del Código Civil; en adelante C.C.). Esta prohibición, con todo, no impide que los efectos patrimoniales de la misma se ejecuten mediante otras fórmulas contractuales de asociación, pues los particulares pueden ejecutar cualquier tipo de contratos siempre que se cumplan algunas condiciones de existencia y validez, y en este caso el objeto o la causa de dichos contratos no obre en contra de la ley, las buenas costumbres o el orden público (Artículo 1517 y 1524 del C.C.)¹⁸⁴. Vemos que el artículo 113 del C.C. no impide la asociación patrimonial sino la asociación mediante contrato de matrimonio, y por ello, dada la autonomía de las personas el efecto es el mismo. La legislación, al ser formulada, no previó que fuese posible que personas del mismo género se asociaran patrimonialmente por medio de acuerdos con similar objeto y causa a la del contrato de matrimonio. Por ello, como no se prohibió explícitamente el desarrollo de estas asociaciones, el efecto que se genera es el desarrollo de otro tipo de asociación con similar contrato. Si ellas se hubieran prohibido, el efecto sería otro, pues las asociaciones se darían “de hecho”, de manera que no se tendría un régimen patrimonial común de la pareja con los requisitos de oposición necesarios. Por otro lado, si se elimina la prohibición aumentaría el número de matrimonios entre personas del mismo género dado que existe un conjunto de beneficios legales que hacen más ventajoso a este contrato que a otros contratos con el mismo objeto. Ejemplo de estas ventajas son permitir ser sucesor en caso de muerte del cónyuge (10 45 del C.C.) o determinar el ser beneficiario de las prestaciones sociales establecidas en los regímenes del derecho al trabajo.

186 *Ibidem*.

Por otro lado, los austriacos, con HAYEK¹⁸⁷, han insistido en la naturaleza subjetiva de la información. Ésta continuamente se va transmitiendo a los agentes del mercado a través del sistema de precios.

1.4.5. LA TEORÍA DE LA ELECCIÓN PÚBLICA

La teoría de la elección pública es la aplicación del modelo de elección racional a los fenómenos políticos, a la ciencia política y al derecho público. Es, para ponerlo en otro camino, una teoría general que explica cómo los intereses privados operan en la esfera pública.

La teoría de la elección pública surge como una respuesta a la consideración implícita en el modelo neoclásico según la cual, el papel del gobierno es corregir las fallas del mercado y que el gobierno actúa imparcialmente al decidir respecto de las relaciones sociales del Estado. La teoría de la elección pública establece que estos supuestos son falaces, por ello, objetan que en la política prima el interés privado, de manera que los políticos actúan para maximizar su propio interés según su rol así: el político busca maximizar su interés de cara a su reelección; los burócratas buscan aumentar el tamaño de recursos que manejan; y los votantes buscan los beneficios de haber votado por cierto personaje público.

1.4.6. TEORÍA DE JUEGOS

La teoría de juegos es una herramienta matemática usada para estudiar la interacción humana en la que la elección de cada persona

187 HAYEK, FREDERICK, *Economics and Knowledge*. Presidential address delivered before the London Economic Club; November 10, 1936. En: <http://www.fahayek.org/index.php?article=74>.

depende no sólo de sus preferencias sino también en lo que otros eligen y viceversa. Estas herramientas han sido usadas en economía, en teoría política y en la nueva filosofía moral. Al Análisis Económico del Derecho sólo ha sido introducida recientemente, por BARNETT¹⁸⁸, BAIRD, GERTNER y PICKER¹⁸⁹.

Los estudios hasta la fecha han permitido detectar patrones recurrentes en términos de interacción humana, la cual lleva a adoptar normas e instituciones que establecen derechos y contratos.

En los capítulos siguientes vamos a analizar las diferentes metodologías del análisis económico del derecho. El objetivo no es desarrollar una crítica a dichos métodos, sino presentar como diferentes métodos de análisis económico del derecho se prestan para hacer diferentes aproximaciones argumentativas en el desarrollo del análisis de instituciones jurídicas. Buscamos mostrar los postulados fundamentales de cada escuela de Análisis Económico del Derecho y así ver que es posible argumentar, desde varias perspectivas y llegando a conclusiones diversas, sobre el mismo problema jurídico

188 BARNETT, RANDY E. (1989), 'Foreword: Post-Chicago Law and Economics', No. 65. *Chicago-Kent Law Review*, 1-21. Citado por: Mackaay, *op. cit.*, pág. 91.

189 BAIRD, DOUGLAS; GERTNER, ROBERT y PICKER, RANDAL, *Game theory and the law*. Cambridge: Harvard University press, 2000.

2. LA ESCUELA INSTITUCIONALISTA

2.1. INTRODUCCIÓN

Tal como lo mencionamos en el anterior aparte, el análisis institucionalista del derecho y la economía tiene su origen a mediados del siglo XIX, pero sus desarrollos principales se presentaron a principios del siglo pasado. De este modo, el análisis institucionalista que conocemos hoy, empieza con los artículos de HENRY CARTER ADAMS, RICHARD ELY, JOHN COMMONS, WESLEY MITCHEL, TORSTEIN VEBLEN, ROBERT HALE, WALTON HAMILTON, KARL LEWELING, JEROME FRANK y ROSCOE POUND¹⁹⁰.

Estos autores dieron pie al desarrollo del Análisis Económico del Derecho institucionalista del siglo pasado, tomando como fundamento los principales aportes de la recién desarrollada economía institucional. Su intento consistió en desarrollar una aproximación heterodoxa al estudio de la sociedad económica¹⁹¹.

190 Los artículos de cada autor son los siguientes: CARTER, MICHAEL R. A Wisconsin institutionalist perspective on microeconomic theory of institutions: the insufficiency of Pareto efficiency. *Journal of economic issues*. No. 19, September, 1985.; ELY, RICHARD T. *Property and contract in their relation to the distribution of wealth*. New York: Macmillan, 1914.; COMMONS, JOHN. Law and Economics. *Yale Law Journal*, No. 34, February, 1925; VEBLEN, TORSTEIN. *Theory of leisure class*, New York: Macmillan, 1899; VEBLEN, TORSTEIN. *The theory of business enterprise*. New York: Charles Scribner's sons, 1904; HALE, ROBERT. *Freedom through law*. New York: Columbia University, 1952.; HAMILTON, WALTON. Property according to Locke. *Yale law journal*. No. 41. April – 1962.; LEWELING, KARL. The effect of legal institutions upon economics. *American Economic Review*, No. 15, December, 1925.; FRANK, JEROME. *Law and the modern mind*. New York: Brentano's, 1930.; POUND, ROSCOE. The scope and purpose of Sociological jurisprudence. Part I. *Harvard law review*. No. 25. December, 1911.

191 MERCURO, N. and MEDEMA, R., *op. cit.*, pág. 101.

Este nuevo modo de ver la economía permitió el desarrollo de dos vertientes de Análisis Económico del Derecho institucionalista: la vertiente histórico-crítica, que constituye el análisis económico del derecho institucionalista; y la vertiente neoinstitucionalista. Éstas dos comparten una premisa fundamental en el fundamento de su análisis: que las instituciones son factores importantes en la determinación de la estructura y el desempeño de la economía.

Ahora bien, aunque dichas vertientes comparten esta premisa, los supuestos económicos y metodológicos difieren ostensiblemente. Por lo anterior, para dar una mirada al modo como la economía institucional aplica sus conceptos y método al Análisis Económico del Derecho, es necesario que distingamos entre una y otra escuela. En este capítulo, aunque podríamos dividirlo en dos apartados separados, analizaremos el Análisis Económico del Derecho planteado por el institucionalismo y, en capítulo posterior, explicaremos el neoinstitucionalismo, teniendo en cuenta, principalmente, su método de análisis.

Tal como lo mencionamos, el institucionalismo es una escuela de análisis económico que se refirió al Análisis Económico del Derecho debido a la relación teórica que plantea una institución como el derecho. Además, su desarrollo no fue muy fuerte a principios del siglo XX debido a que la economía positiva abarcaba y predominaba en el contexto académico de dicha época. Con todo, tres autores, entre muchos, se han destacado por ser los continuadores de la doctrina institucionalista. El primero es COMMONS quien sienta las bases para una teoría institucionalista de la ley, luego vienen SAMUELS y SCHMID quienes desde mediados del siglo pasado siguen desarrollando los postulados del institucionalismo.

2.2. CONCEPTOS ECONÓMICOS FUNDACIONALES

Tal como lo dijimos, el institucionalismo parte de un estudio de las instituciones y su desarrollo en la economía. La definición de aquello que entienden los institucionalistas como institución ha variado en múltiples modos. Los institucionalistas guiados por el ya citado COMMONS, definen institución como “una acción colectiva en control de la acción individual”, o como una “acción colectiva que restringe, libera o expande la acción individual”¹⁹². Por su parte, los que siguen a VEBLEN, también citado, definen institución como “hábitos amplios de pensamientos y prácticas que prevalecen en cualquier período”¹⁹³. Si analizamos las definiciones de COMMONS y VEBLEN podemos ver que ellas no son excluyentes, por ello, DAVENPORT, define institución de un modo ecléctico, como un consenso continuo del pensamiento humano o hábitos, una, generalmente establecida, costumbre de acción¹⁹⁴.

Los institucionalistas surgen como una revuelta al formalismo, buscaron eliminar el formalismo llevado a cabo por medio de deducciones abstractas presentes en la economía neoclásica ortodoxa. Ellos buscaron desarrollar una teoría inductiva de instituciones específicas de la economía. Esto no implicó que ellos no desarrollaran generalizaciones, sino que a dichas generalizaciones se llega por el estudio de lo particular, no por medio de modelos *a priori*.

El origen de este pensamiento tiene tres vertientes que confluyeron para permitir el análisis institucionalista. La primera

192 COMMONS, JOHN, *op. cit.*

193 VEBLEN, T., *op. cit.*

194 Citado por: MERCURO y MEDEMA, *op. cit.*, pág.100.

fuelle, es la escuela histórica alemana, la cual les dio a los institucionalistas los fundamentos de su metodología de estudio de casos, al decir que el desarrollo económico es dinámico y por ello es necesario usar datos empíricos para aterrizar las teorías económicas y analizar instituciones humanas¹⁹⁵.

La segunda fuente es la filosofía pragmática americana. Éstos le aportaron al análisis institucionalista el postulado según el cual, el análisis de fenómenos sociales tiene que ser conducido por sistemas de relación entre individuos, remplazando así, largos estudios apriorísticos, con estudios empíricos.

La tercera influencia fue presentada por TORSTEIN VEBLEN, quien desarrolló la idea de la faceta evolutiva de la economía. El citado, rechazó la idea de ver la economía como un mecanismo reflejado en el análisis estático del equilibrio. Por eso, desarrolló un método de análisis llamado “método evolutivo de análisis económico”, el cual suponía que el ambiente material, la tecnología, las propensiones de la condición humana y las instituciones de emergencia y del crecimiento, permiten entender la sociedad económica¹⁹⁶.

Como vemos, la teoría desarrollada por VEBLEN y la influencia del pragmatismo y la escuela histórica, permitieron el posterior planteamiento de estudios sobre el progreso económico, como el desarrollado por AYRES¹⁹⁷ en 1944 en el cual se hace un estudio teórico que busca explicar las fuerzas que han formado la economía, aislando esos factores que aceleran el desarrollo así como aquellos que estancan la economía¹⁹⁸. La propuesta de AYRES en el

195 *Ibidem*, pág. 103.

196 *Ibidem*, pág. 104.

197 AYRES, CLARENCE, *The theory of economic progress*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1944.

198 BREIT, WILLIAM, *The development of Clarence Ayre's theoretical institutionalism*. *Social Science Quarterly*. No. 54. September, 1973.

institucionalismo es simple. Dice que para divisar nuevas instituciones que permitieran un mayor desarrollo económico, es necesario implementar nuevas formas organizacionales que, pragmáticamente, desarrollaran técnicas que permitan la convergencia entre la ciencia y la tecnología¹⁹⁹.

Otro estudio seguido por esta influencia es el desarrollado por HALE. HALE consideró que la economía es una estructura de arreglos y relaciones de poder coercitivas que necesitan un entendimiento de la formación y estructura de la distribución del poder subyacente²⁰⁰. La economía era vista por HALE como una estructura de poder operando a través de un sistema de coerción, y por tanto, la libertad económica que se expresaba en las cortes se entendía como la libertad de desarrollar coerción económica. Podemos ver con esta teoría que, en el pensamiento de la época, el poder se constituía en una premisa fundamental para explicar el funcionamiento de la economía, de manera que, el poder económico y su control se constituirían en el tema de estudio de los días por venir.

De lo dicho, podemos establecer que la economía institucionalista, aunque tenía algunas buenas ideas respecto de la metodología del análisis económico, por ejemplo, el inductivismo, no es, con todo, una teoría sistemática del análisis económico, sino un conjunto de proposiciones que, al ser unidas permiten una visión alternativa del análisis económico.

El ciclo y la teoría institucionalista se pueden explicar por intermedio de cinco postulados generales así que resaltaremos en adelante.

199 MERCURO y MEDEMA, *op. cit.*, pág. 105.

200 *Ibidem*, pág. 107.

2.2.1. LA PRODUCCIÓN CONJUNTA DEL AMBIENTE INSTITUCIONAL Y LA ECONOMÍA

El comportamiento económico está fuertemente condicionado por el “ambiente institucional” en el que la actividad económica se lleva a cabo. Y, simultáneamente, el comportamiento económico afecta la estructura del ambiente institucional.



COMMONS²⁰¹, en su teoría sobre el análisis económico del derecho institucionalista estableció un postulado que no sería olvidado por la doctrina del Análisis Económico del Derecho. Para el autor, hay un cierto rol de la evolución del derecho en la estructuración de la evolución del sistema económico. A través de este análisis evolutivo, COMMONS llega a la conclusión de que, por un lado, el sistema económico presiona al sistema de derecho y la política para que generen una dirección particular de la evolución, y por otro, que el derecho influencia a la economía, de modo que se ve como, cambios en las normas, facilitan el desarrollo de la actividad económica en una dirección particular.

El interés de COMMONS era descubrir los valores subyacentes a las normas que gobiernan las relaciones socioeconómicas, y encontró que este valor es llamado, en las cortes norteamericanas, “valor

201 Véase: COMMONS, JOHN. Institutional economics. *Yale Law Journal*. No. 34. February 1925.

razonable”. Así, encontró que la historia del derecho mostraba ciertas tendencias legales bien definidas por parte de las cortes para eliminar las prácticas destructivas del capitalismo, mientras que al mismo tiempo busca las instituciones de éste que se consideran razonables debido a que deben ser seguidas en un sistema competitivo²⁰².

Estos aportes de COMMONS al sistema del Análisis Económico del Derecho institucionalista permitieron el desarrollo del análisis de una aproximación institucional entre los procesos legal y económico más que una aplicación de los métodos de la microeconomía al análisis del derecho. Desde una perspectiva de la lógica del Análisis Económico del Derecho, los institucionalistas encuentran con COMMONS que la estructura legal genera cambios en el comportamiento de los mercados y, por ello, cambios en el funcionamiento de la economía. Pero también, según COMMONS, el funcionamiento de la economía genera cambios en el comportamiento de los mercados y, por tanto, en la estructura de las instituciones legales. Así, de acuerdo con SCHMID, el análisis económico del derecho institucionalista debe responder a la pregunta: “¿cómo las reglas de propiedad estructuran las relaciones humanas y afectan la participación en decisiones donde surgen conflictos de interés o donde hay objetivos comunes a implementar?”²⁰³.

Esta perspectiva se complementa con la desarrollada por SAMUELS²⁰⁴ quien se ha dirigido al estudio del comportamiento de individuos o grupos en el ámbito económico-legal, develando el lazo entre la conducta y el funcionamiento. Así, dice que “el derecho es una función de la economía y la economía una función del derecho”²⁰⁵. Esto indica que el derecho y la economía no se producen

202 MERCURO y MEDEMA, *op. cit.*, pág. 109.

203 SCHMID, ALLAN, *Property, power and public choice*. Second Edition. New York: Praeger, 1987. Llegamos a la cita por vía de MERCURO y MEDEMA, *op. cit.* pág. 110.

204 SAMUELS, WARREN, *The legal-economics nexus*. George Washington Law Review, No. 57, August. 1989.

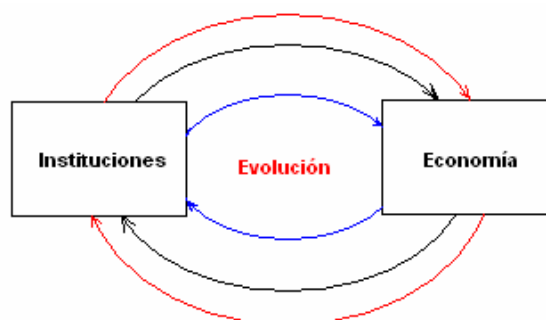
205 *Ibidem*, pág. 1567.

independientemente ni por la simple interacción, sino que se producen conjuntamente²⁰⁶.

2.2.2. EVOLUCIONISMO

Como dijimos, el institucionalismo aplicado al análisis económico, estatuye que las instituciones motivan el desempeño de la economía. Estas instituciones no son estáticas, sino que se desarrollan dinámicamente. La mutua interacción entre instituciones y el comportamiento económico de los agentes es un proceso evolutivo, por ello es necesario analizar la economía desde el punto de vista evolutivo.

Este desarrollo no es nunca degenerativo, según la doctrina del institucionalismo, siempre es evolutivo, es decir, en el largo plazo se aprecian cambios en el sistema que pueden tildarse de positivos. Este aspecto nos muestra que la aproximación que busca el institucionalismo es evolutiva, es decir, enfatiza la importancia del proceso histórico y del cambio del derecho a través de un proceso continuo, explorativo y emergente a través del cual se desarrollan soluciones a problemas económico-legales²⁰⁷.



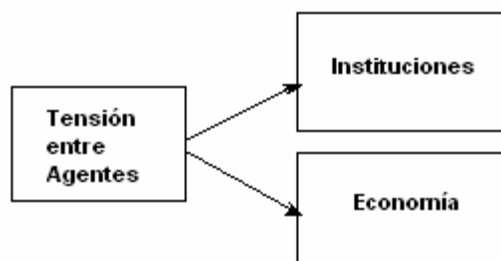
206 Citado por: MERCURO y MEDEMA, *op. cit.*, pág. 111.

207 *Ibidem*, pág. 21, citado por: MERCURO y MEDEMA, *op. cit.*, pág. 113.

Así, la estructura de instituciones económico-legales canaliza decisiones del mismo tipo, y esta estructura es vista como el producto de una evolución de los procesos económico-legales, en lugar de una búsqueda del estado estacionario del equilibrio²⁰⁸, que viene siendo el objetivo de la economía del crecimiento neoclásica.

2.2.3. CONFLICTO Y ORDEN DERIVADOS DEL PROCESO DE INTERACCIÓN

El comportamiento de los agentes no se da en un ambiente armonioso, cooperativo, espontáneo e inconsciente, sino en el conflicto de la esfera económica.



En el análisis económico del derecho institucionalista está presente la tensión entre el cambio y la continuidad. Con todo, el camino evolutivo del sistema económico-legal es derivativo de las políticas del mismo tipo. Este proceso de desarrollo de políticas, conlleva fuerzas que a través de acción u omisión sirven para mantener el *status quo* de la estructura de las instituciones y relaciones económico-legales. Pero, por otro lado, están las fuerzas que promueven una alteración de estas instituciones y relaciones, de manera que propenden por el cambio²⁰⁹.

208 SCHMID, ALLAN, Law and economics: an institutional perspective. En: *Law and economics*. Editado por NICHOLAS MERCURO. Boston: Kluwer, 1989, pág. 167.

209 *Ibidem*, pág. 115.

La conclusión institucionalista indica que la formación de la política económico-legal se lleva a cabo en un ámbito en que hay una tensión siempre presente de cambio y continuidad. Cada una es el producto de la evolución del desarrollo de las políticas, específicamente, de la interacción entre grupos que buscan el cambio o la continuidad.

Los institucionalistas ven el sistema económico-legal como un sistema de interdependencia mutua. La economía es un universo de relaciones humanas²¹⁰ y las relaciones entre individuos se fundan en la escasez. Así, se presenta una interdependencia mutua en las relaciones humanas. El rol del institucionalismo, como se dijo, se cimienta en el conflicto más no en la armonía. Por tanto, el papel del sistema legal es proveer una estructura o un proceso de resolución de conflictos y el desarrollo de derechos²¹¹. Esto nos indica otro de los postulados del institucionalismo, el orden como objetivo del sistema legal. Así, “el sistema legal busca establecer un orden que consiste en la reconciliación de la libertad y el control, o la autonomía y la coordinación incluyendo la jerarquía o la igualdad, con continuidad y cambio”²¹². En términos de SAMUELS, el problema de los conflictos de interés necesita de un proceso para decidir entre los intereses que compiten y un método para determinar cómo esos conflictos deben resolverse²¹³.

2.2.4. CANALIZACIÓN DE CONFLICTOS MEDIANTE INSTITUCIONES

Hay además, una clara y presente necesidad de canalizar estos conflictos inherentes en la esfera de las relaciones económicas,

210 SCHMID, *op. cit.*, pág. 59, citado por: MERCURO y MEDEMA, *op. cit.*, 115.

211 *Ibíd.*

212 SAMUELS, *op. cit.*, pág. 584.

213 *Ibíd.*, pág. 449.

estructurando instituciones para establecer un sistema de control social sobre la actividad económica.

Según la perspectiva institucionalista, el derecho es un proceso de creación y re-creación de derechos²¹⁴. Los institucionalistas se preocupan por el proceso de creación y re-creación de dichos derechos y del impacto que estos procesos tiene en el sistema económico-legal. Para entender la importancia de los derechos desde la perspectiva institucional, es necesario entender el concepto institucionalista de la determinación del proceso de decisión.

Así, el proceso de decisión individual es una función de un conjunto de oportunidades que consiste en las alternativas disponibles para actuar o decidir, cada una con su costo de oportunidad, y las cuales están abiertas al individuo²¹⁵. Este proceso no es abierto, sino que está restringido por los conjuntos de oportunidades de los demás. Para poder ampliar el conjunto de oportunidades individual es necesario desarrollar un proceso de coerción mutua, donde la habilidad de coerción es simplemente poder influenciar el conjunto de oportunidades de otro, y esta habilidad de influenciar las decisiones de los otros es el poder, que es relativo al poder de los otros²¹⁶. Cuando hay conflictos entre conjuntos de oportunidades se presentan las discusiones que necesitan resolución. La mejor resolución a cualquier conflicto es aquella que delimita el conjunto de oportunidades de los individuos, y por ello define el “derecho de acción” sobre dicha oportunidad. Cuando hay un conflicto de intereses, la mejor solución es definir derechos de propiedad, pues el derecho de uno abre su conjunto de oportunidades y cierra el

214 MERCURO y MEDEMA, *op. cit.*, 151.

215 *Ibidem*.

216 *Ibidem*.

conjunto de oportunidades de otros²¹⁷. Tal como lo recalca SAMUELS, todo cambio legal impone costos y beneficios. El logro de conjuntos de oportunidades para unos y de restricciones de otros²¹⁸.

El gobierno juega un papel central e inevitable en el proceso de definición de derechos, pues los derechos no son derechos si preexisten sino que son derechos si el gobierno los protege como tales²¹⁹. Entonces, los derechos son relativos a las instituciones legales que determinan su identificación e interpretación, el ejercicio por parte de otros de sus derechos, y del cambio legal o no legal. Cada uno de estos factores afecta el proceso de creación de derechos, y por tanto, la habilidad de los individuos de asegurar sus derechos por medio del uso y control del gobierno. El gobierno entonces permite la creación de derechos según el poder de otros para influenciar la decisión de éste.

De lo anterior se puede deducir fácilmente qué sería la justicia para los institucionalistas. Ésta será no el reflejo de un conjunto de principios fundamentales, sino un proceso de valoración normativa que determina las leyes, normas y valores que gobernarán la vida. El nexo económico-legal es esa esfera de decisión que refleja la interacción y el trabajo de aquellos cuyos intereses quieren contar como derechos, de aquellos cuyos valores son dominantes, y de aquellos que toman la decisión. La decisión no determinará únicamente derechos, sino también una asignación y distribución de poder, ingresos y riqueza²²⁰.

217 SAMUELS, WARREN J., Commentary: An economic perspective on the compensation problem. *Wayne Law Review*. No. 21, November, 1974, pág. 122.

218 *Ibidem*.

219 Citado por MERCURO y MEDEMA, *op. cit.*, 116.

220 *Ibidem*, pág. 118.

2.2.5. INHERENTE INTERDISCIPLINARIEDAD

El institucionalismo requiere una aproximación interdisciplinaria, incluyendo la psicología, la sociología, la antropología, y el derecho, para así poder entender el comportamiento o supuestos más certeros a la hora de describir su comportamiento.

2.2.6. EL PROBLEMA DE LA EFICIENCIA

El análisis económico del derecho institucionalista se caracterizó por criticar fuertemente el concepto de la eficiencia del *common law* de la escuela de Chicago. El problema que le ven al concepto de eficiencia es que ésta no puede ser tomada como el único determinante para la asignación de derechos.

El punto de partida es el reconocimiento de que la actividad económica, dada por costos, ingresos, productos, riesgo, riqueza y demás, no es algún tipo de fenómeno natural, sino que ella es determinada por la estructura de los derechos que existe en la sociedad, con los niveles y cambios en estas variables, siendo en parte una función de los derechos y, por tanto, de la estructura y el cambio legal en el tiempo²²¹. Cada estructura particular de derechos dará lugar a un conjunto particular de precios, costos, productos, y por ello una asignación eficiente de recursos.

Esta es la objeción de SCHMID al argumento de POSNER, pues no hay una única solución eficiente. En este sentido, dado que la eficiencia es una función de los derechos, y no al revés, es circular mantener que la eficiencia por sí sola puede determinar derechos, siendo que precios, costos, productos, riqueza y demás, se derivan de una estructura particular de los derechos. Del mismo modo,

221 *Ibidem*, pág. 119.

diferentes estructuras de derechos llevarán a diferentes problemas de minimización de costos, maximización del producto y maximización de la riqueza. Este último es el concepto normativo desarrollado por POSNER para un Análisis Económico del Derecho. SAMUELS dice entonces que,

“decir que la maximización de la riqueza o cualquier otro criterio de eficiencia, puede determinar derechos sirve sólo para enmascarar una elección de qué intereses proteger como derechos. Las decisiones legales o cambios pueden ser tenidos como eficientes sólo desde el punto de vista de la parte cuyos intereses son efectuados a través de la identificación y la asignación de derechos”²²².

De lo dicho, podemos deducir que el institucionalismo clama por el reconocimiento de la multiplicidad y la contingencia de soluciones eficientes en la presumida estructura de derechos y en la definición del producto que revela el inherente elemento normativo que está presente en las decisiones basadas en la eficiencia. Así, cada solución legal apunta a un diferente producto eficiente y por ello no hay un *test* independiente que permita decir qué solución legal puede ser tomada como la solución eficiente²²³.

Como podemos ver, la determinación de derechos es una actividad normativa con consecuencias para la eficiencia y la distribución, con la cual se determina qué distribución de beneficios y costos es adecuada para ciertos intereses. Los derechos determinan la distribución del ingreso y la riqueza, que a su turno determina la solución eficiente que se alcanza. Al mismo tiempo, la especificación de derechos y el producto resultante estructuran la futura distribución de ingresos y riqueza en la sociedad. Así, la escogencia de derechos es una cuestión de distribución, no de eficiencia.

222 SAMUELS, *op. cit.*, pág. 154. Citado por: MERCURO y MEDEMA, *op. cit.*, pág. 119.

223 SAMUELS, *op. cit.*, pág. 155. Citado por: MERCURO y MEDEMA, *op. cit.*, pág. 121.

2.3. APLICACIONES DEL ANÁLISIS INSTITUCIONALISTA

Primero debemos recordar que el análisis institucionalista clama por evitar el uso excesivo del concepto de eficiencia, trasladándolo a una aproximación que se centra no en hacer aserciones basadas en ideas abstractas, sino en describir y hacer comparaciones respecto de las alternativas reales abiertas a la sociedad²²⁴. Por ello, para explicar cómo se puede aplicar el análisis institucionalista al análisis económico del derecho vamos a explicar cómo analizó SCHMID²²⁵ el problema inherente a la determinación de estándares o tasas como mecanismos de control de la contaminación de recursos hídricos.

El análisis convencional de los derechos de propiedad sobre recursos hídricos dice que es más eficiente el modelo de las tasas que el de los estándares pues los costos son menores. Así, los estándares dicen que es necesario lograr un porcentaje X de reducción de contaminación, de manera que, cada productor, sin importar sus costos marginales de reducir (CMR) la contaminación, deber reducir a X sus emisiones. Con todo, como los CMR pueden variar entre firmas, el lograr cierta meta puede ser más sencillo para una empresa que para otras. Así, la eficiencia aconseja que para minimizar los costos sociales, es necesario que quienes tienen CMR más bajos disminuyan su contaminación en una cantidad mayor. Esta es la solución que permite el sistema de tasas, pues cada contaminador podrá internalizar el costo de contaminar y compara qué cantidad de contaminación podrá adquirir dada su función de CMR.

El modelo económico de corrección de las externalidades planteado por PIGOU²²⁶, es entendido por la doctrina como el mecanismo teórico más efectivo que permite una solución de

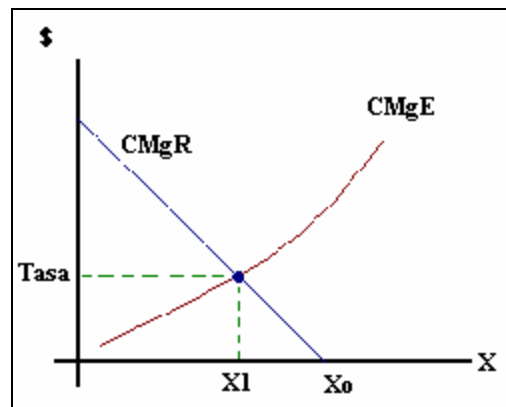
224 MERCURO y MEDEMA, *op. cit.*, pág. 125.

225 Véase: SCHMID, *op. cit.*, págs. 265 y sigs.

226 MAS COLELL, *et al.*, *op. cit.*, págs. 354 y sigs.

equilibrio en externalidades²²⁷ como la contaminación ambiental²²⁸. El análisis dice que, en el punto en que el beneficio marginal por contaminar —costo marginal de reducir la contaminación— es igual al costo marginal de la externalidad, es posible establecer una “tasa”, que internalizará los costos de la contaminación en quien recibe el beneficio por dicha acción, o una meta en el punto de contaminación *óptima*, logrando en ambos casos la contaminación *óptima*. Esto lo podemos ver en el gráfico así, donde la meta se representa por X_1 .

GRÁFICO 6



227 Según SPULBER, una externalidad es un bien que es asignado por un agente económico a otro agente económico en la ausencia de algún tipo de transacción de mercado. SPULBER, DANIEL. *Regulation and markets*. The MIT press, Cambridge, 1989, pág. 49.

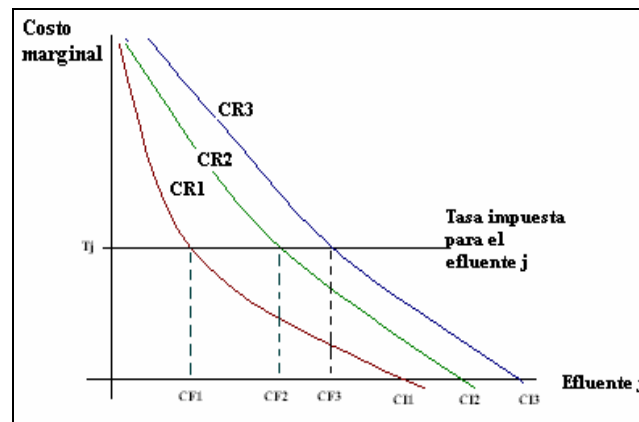
228 Esta opinión la sustentan formalmente: BAUMOL y OATES, *The theory of environmental policy*. Prentice Hall, 1975 y MAS-COLELL, et al. *Microeconomic theory*. Oxford University Press, Oxford, 2000.

CMgE es el costo marginal social de la contaminación en el cuerpo de agua y CMgR es el costo marginal de las firmas de reducir la contaminación. Como vemos, este modelo de optimalidad paretiana por medio de impuestos pigouvianos supone que existen mercados completos, es decir que, el mercado es perfectamente competitivo y que las firmas y demás agentes, poseen información completa y perfecta. Y su solución indica que es posible disminuir la contaminación a un nivel de contaminación óptima por medio de la definición de una tasa óptima por unidad de contaminación.

En el modelo de la tasa podemos ver que se intenta internalizar el uso del recurso dentro de la función de beneficios por contaminar de las firmas. Esta internalización, según se determina en el modelo, puede conllevar a dos decisiones diferentes en la empresa, primero, puede disminuir la producción y con ella la contaminación resultante y dos, puede invertir en desarrollo de una planta de tratamiento de los residuos en aras de disminuir la carga contaminante. La primera decisión se tomará sólo si los costos de reducir la contaminación son menores o iguales a los beneficios obtenidos por reducirla²²⁹. En este sentido, el problema de la firma es minimizar sus costos de reducción de la contaminación. Éstos son una función de la carga contaminante, la tasa y los precios de los factores utilizados en la planta de tratamiento. En el caso de las tasas retributivas, éstas se imponen a la firma según el nivel de la sustancia contaminante arrojada al recurso. Así, la tasa genera el efecto que presenta el gráfico:

229 PEARCE, DAVID y TURNER, KELLY, *Economics of natural resources and the environment*. London: Herverster Wheatsheaf, 1990.

GRÁFICO 7

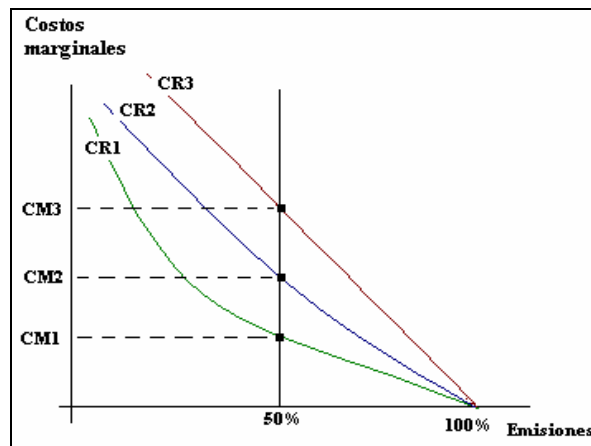


En el momento inicial, las tres firmas indicadas contaminan hasta el punto CI_1 , CI_2 y CI_3 . Con la imposición de la tasa, las firmas deben afrontar unos costos de reducción de la contaminación dados por la tasa T_j , que surge en nuestro caso de la multiplicación del factor regional por la tarifa mínima, $Fr \cdot T_m$. Así, por cada unidad de contaminación la firma pagará el monto definido por la tarifa regional. Las firmas minimizarán sus costos cuando sus curvas de costos de reducir la contaminación, CR, se igualen a la tasa por unidad de contaminación. En este punto se determinará la cantidad del contaminante j que ellos están dispuestos a tratar dada la tasa. El monto de la reducción depende de la pendiente de la curva CR de cada empresa, la cual depende fundamentalmente de los costos de la inversión inicial. En el esquema que planteamos, al introducir la tasa, las firmas reducen su contaminación a CF_1 , CF_2 y CF_3 , respectivamente, con lo cual podemos ver que el instrumento es económicamente eficiente.

Ahora bien, el otro mecanismo son los estándares o metas ambientales, las cuales surgen de una consideración casi subjetiva del agente regulador, el cual, a partir de unos criterios definidos determina cuál debe ser la reducción de la contaminación para que

el medio ambiente se conserve. Gráficamente el efecto de este mecanismo es el siguiente:

GRÁFICO 8



Podemos apreciar que con la introducción de una meta, el efecto es diferente al de la simple tasa, pues las empresas deben disminuir su contaminación obligatoriamente, del 100 al 50% y dicha reducción generará a cada empresa un costo marginal diferente al de las demás y, para algunos, muy altos. Éste se representa con la suma de los costos de las empresas, ΣCR_i , es decir, $CM_1 + CM_2 + CM_3$. Éstos son notoriamente más altos que los que se implantan al introducir una tasa y además tiene el problema de ser discriminatorios, pues la empresa con costos de reducir la contaminación altos se ve en desventaja frente a la empresa que tiene costos bajos, de manera que esta medida no sólo genera un costo social alto en el corto plazo, sino que conlleva la generación de una barrera de entrada a las empresas que no puedan mantener plantas de tratamiento.

A pesar de lo dicho, la meta permite cumplir con un objetivo estricto de la política, es decir, reducir la contaminación al nivel deseado por el agente regulador, de modo que se constituye en un mecanismo eficiente. Desde el punto de vista normativo, vemos que la implantación de una meta implica el reconocimiento de los

derechos de propiedad en las firmas, mientras que una tasa supone lo contrario, pues es necesario pagar al gobierno por el flujo de servicios que presta el recurso ambiental.

SCHMID²³⁰ dice que este análisis de estándares y tasas es incompleto, pues se centra exclusivamente en los costos, ignorando su distribución y los efectos diferenciales de tales políticas entre firmas. Así, el sistema comparativo institucional de SCHMID establece que es necesario hacer un análisis diferencial de costos, sino también de mirar más allá de ellos hasta los subyacentes derechos de propiedad, los conjuntos de oportunidades y sus implicaciones para la distribución. SCHMID sostiene entonces que una regulación por medio de estándares implica que cada firma tiene el derecho a descargar cierta cantidad de desecho, 50% en el gráfico, mientras que a los proteccionistas del medio les entregan la propiedad sobre el resto del recurso hídrico, 50% según el ejemplo gráfico. El uso de estándares lleva a las firmas a reducir sus descargas al mismo porcentaje, manteniendo una propiedad relativa sobre el recurso constante para cada firma.

Una tasa altera la propiedad y el conjunto de relaciones de oportunidad, eso implica que los derechos sobre el recurso son de propiedad del gobierno y las firmas pueden, en cierto sentido, comprar una porción de dichos derechos al Estado pagando por el servicio. En este sistema, las firmas con costos altos de reducción pueden sustituir la tasa de bajo costo por la tasa de altos costos y entonces recibir una proporción mayor de uso del recurso de la que hubiera recibido en el sistema de estándares. Así, comparado con el sistema de estándares, vemos que, en efecto, una transferencia de derechos al uso del recurso de bajo costo a un alto costo. Y debido a que los pagos de estos derechos de uso del recurso se hacen al gobierno y no a los contaminadores de bajos costos, cuyos derechos

230 SCHMID, ALAN, *Property, power, and public choice: an inquiry into law and economics*. Second Edition. New York: Praeger, 1987.

sobre el uso han sido reducidos. Por esta asignación de derecho, también es posible ver una redistribución del ingreso entre las firmas.

Dicho lo anterior, la decisión de qué esquema adoptar impacta también el relativo bienestar de las firmas. Así, los contaminadores de bajos costos preferirán un esquema de regulación de tasas, mientras que los contaminadores de altos costos preferirán los estándares. Dependerá del poder de cada uno, influenciar un esquema u otro.

3. LA ESCUELA DE CHICAGO

3.1. INTRODUCCIÓN

Tal como lo dijimos, el Análisis Económico del Derecho no escapa a la pluralidad conceptual inmersa en todas las disciplinas de la argumentación. Esto se reflejará a lo largo de este capítulo del anterior capítulo y de los capítulos siguientes. Con todo, queremos aclarar que lo propio al abordar el estudio de la escuela de Chicago, y el estudio de cualquier otra escuela, es efectuar un estudio de la metodología desarrollada por los representantes de dicho modo de argumentación, de manera que la metodología de la escuela tradicional del análisis económico del derecho, que analizaremos en este aparte, se sustenta en un conjunto de principios económicos que permiten, fácilmente, desarrollar el análisis económico de cualquier institución jurídica.

Por lo dicho, en este aparte, vamos a estudiar la metodología que permite hacer Análisis Económico del Derecho al estilo de la escuela de Chicago. Vamos a estudiar inicialmente cuáles son los principales elementos de tipo económico que adopta en su aparato argumentativo esta escuela. Luego pasaremos a estudiar las técnicas de análisis del Análisis Económico del Derecho. Posteriormente, realizaremos un estudio de las bases de teoría económica que se desarrollan en el Análisis Económico propuesto por la escuela de Chicago. A paso seguido, estudiaremos los principales aportes al Análisis Económico del Derecho, como lo son la tesis de la eficiencia del *common law* y el fundamento del análisis económico del derecho positivo y normativo. Ulteriormente, pasaremos al desarrollo de algunas aplicaciones prácticas.

3.2. LA METODOLOGÍA PARA EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO DE LA ESCUELA DE CHICAGO

Vamos a empezar este estudio estableciendo que, para los representantes de la escuela de Chicago, el Análisis Económico del Derecho se define como la aplicación de la teoría económica y de los métodos econométricos para examinar la formación, estructura, procesos e influencia de la ley y las instituciones jurídicas²³¹. Este análisis ha tenido dos vertientes, la primera, en la que se desarrolla el análisis económico de actividades de mercado, como por ejemplo, el derecho comercial, el derecho tributario, etc., vertiente que tiene su origen en SMITH. La segunda, es el análisis económico de actividades reguladas donde no hay un mercado explícito, análisis que comienza con los estudios de la felicidad, el placer y el dolor de BENTHAM.

Con todo, como ya lo mencionamos, sólo hasta la creación del *Journal of law and economics* por parte de AARON DIRECTOR y la publicación de los artículos de COASE y CALABRESI en 1960 y 1961, respectivamente, podemos hablar estrictamente de una metodología propia de análisis económico del derecho. En estos textos se presentó un hecho insólito, COASE siendo economista y CALABRESI siendo abogado, aplicando algunos conceptos básicos de la ciencia económica desarrollaron estudios de normas de tipo jurídico. Esta coincidencia, cuyos orígenes se remontan a los artículos de COASE y PLANT de 1938 y de DIRECTOR en los años subsiguientes, permitieron a los economistas y abogados de la escuela de Chicago, desarrollar un método de estudio de la ley.

Esta metodología, debido a su origen, presentó un conjunto de rasgos característicos los cuales, con ciertas modificaciones, han guiado el modo de hacer análisis económico del derecho para

231 ROWLEY, CHARLES, 1989. pág. 125.

quienes aceptan como método el impuesto por la escuela de Chicago. Por esto, vamos en unas páginas a estudiar los fundamentos que nos permitirán hacer Análisis Económico del Derecho al modo de la escuela de Chicago, por medio del estudio de los fundamentos científicos y teóricos del análisis económico del derecho tradicional.

3.2.1. MÉTODO CIENTÍFICO EN EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Tal como lo señala MELVIN A. EISENBERG en su texto *An overview of law and economics*²³², es necesario en todo análisis económico y en el Análisis Económico del Derecho hacer un estudio del modo en que se lleva a cabo el análisis económico de una institución jurídica y de la manera en que se presentan las conclusiones. Esta falencia metodológica fue la causa de la decadencia del análisis económico institucionalista de finales del siglo XIX. Con la crisis de las ciencias positivas de principios de siglo, quedaron en los círculos científicos múltiples enseñanzas que las ciencias sociales tomaron para sí y que adoptaron al interior de sus nuevos estudios. Las ciencias positivas, se preocupan por el desarrollo de postulados generales aplicables a toda situación fáctica. La economía desde HIKCS y SAMUELSON tiene la pretensión de ser una ciencia exacta, al estilo de la física, donde la predicción de fenómenos de comportamiento humano es el fin último²³³. Por esto, una de las principales preocupaciones de los miembros de la escuela de Chicago, quienes tienen la misma pretensión de la economía positiva y cuyo objetivo era desarrollar análisis de las instituciones jurídicas a la luz de la ciencia económica,

232 EISENBERG, MELVIN A., *An overview on law and economics*. Working paper No. 90-9. School of law. University of California, Berkeley, 1990. Citado por: MERCURO, N. y MEDEMA, S., *op. cit.*, pág. 212. Un resumen de los argumentos de Eisenberg está en: ROEMER, A., *op. cit.*, pág. 19.

233 Para una visión más completa sobre esta pretensión de la economía véase: FRIEDMAN, MILTON. *The methodology of positive economics*. En: *Essays in positive economics*. Chicago: Chicago University Press, 1966.

fue la *generalización* de sus postulados y el *rigorismo* científico en su desarrollo.

La generalización, según EISENBERG²³⁴, surge como una necesidad teórica, debido a que los abogados, por la naturaleza de su objeto de estudio, tienden a estudiar particularidades y no generalizar²³⁵, los economistas (de la escuela de Chicago) hacen lo contrario, generalizan para estudiar lo particular. Por ello, el primer aporte de la economía al derecho es la generalización. Generalizar es desarrollar modelos *a priori*, para aplicarlos posteriormente en el análisis de casos concretos. Así, dado que la economía y el derecho estudian el comportamiento y la acción humana, el desarrollo de modelos de comportamiento por parte del economista no acaba con las pretensiones del derecho, sino que le permite y provee al derecho un modelo de análisis idéntico para situaciones diversas²³⁶.

El propósito de la generalización es proveer de una armadura científica al Análisis Económico del Derecho. Para ello, pretende descubrir el componente sistemático de los fenómenos analizados, para así separar de dicho componente los fenómenos aleatorios. Así, la generalización sirve incluso cuando explica solamente una parte de los fenómenos analizados, pues permite entender el comportamiento de un grupo como grupo y no de los agentes individualmente²³⁷.

234 *Ibidem*, pág. 2.

235 Para una mirada de las diferentes metodologías científicas de los abogados en el desarrollo de su discurso véase: COPI, IRVIN y COHEN, KARL. *Introducción a la lógica*. Buenos Aires: Limusa, 2000.

236 KERKMEESTER, HEICO, Methodology of law and economics: General. *Encyclopedia of law and economics*. En: <http://encyclo.findlaw.com>.

237 KITCH, EDMUND, The intellectual foundations of law and economics. *Journal of Legal Education*, vol. 33, No. 2, 1983. Aunque llegamos directamente al texto, esto fue por conducto del estudio de la bibliografía del texto de ROEMER, A.

De lo anterior se deduce, según los miembros de esta escuela, que es posible desarrollar una teoría que permita estudiar al derecho a partir de unos conceptos y modelos económicos generales. Este último fue el objeto del Análisis Económico del Derecho de la escuela de Chicago, introducir una teoría abstracta por medio de la cual las normas jurídicas se percibe como incentivos para la acción, de modo que, cada incentivo de acción conlleva una respuesta determinada de acción²³⁸. En este sentido, el Análisis Económico del Derecho se fundamenta, para la escuela de Chicago, en un estudio del conjunto de objetivos y restricciones de los individuos en su acción²³⁹. Así, analizar la interacción del ser humano con un conjunto de normas permite desarrollar una teoría del comportamiento, la cual licencia a determinar cuál es el efecto de las normas en la acción económica.

El rigorismo es otra secuela de la crisis de las ciencias pero, quizá proviene también de la misma revolución científica. Lo único que se buscó con el desarrollo de una teoría rigurosa del Análisis Económico del Derecho es permitirle al derecho un mecanismo de formalización a través de las herramientas del análisis económico. La formalización del análisis económico surge con la revolución de la marginalidad y posteriormente con la síntesis neoclásica. El fin u objetivo del rigorismo es permitir una claridad lógica en el desarrollo de argumentos jurídicos por medio de herramientas económicas y matemáticas.

Para esta escuela, el rigor que imprime la matemática en el desarrollo del análisis económico permite que la argumentación e interpretación jurídica no sea una cuestión de modelos verbales sino una forma de abrir el campo a métodos de argumentación jurídica fundados en modelos matemáticos y estadísticos. Esto no quiere decir que antes los abogados no generalizaran con rigor, un ejemplo

238 ROEMER, A., *op. cit.*, pág. 20.

239 KITCH, EDMUND, *op. cit.*, pág. 195.

claro es el texto “*Teoría pura del derecho*” de KELSEN, lo que nos indica es que la argumentación que hace el abogado de fenómenos y acciones deliberadas humanas no se debe cerrar a las palabras sino que debe permitirse el uso de herramientas diferentes en aras de la claridad y, sobre todo, la unidad de criterio. En conclusión, la generalización y el rigor permiten al análisis económico del derecho adoptar un carácter fuerte en términos de disciplina científica y teórica.

3.2.2. TÉCNICAS DE ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO USADAS POR LA ESCUELA DE CHICAGO

La generalización y el rigorismo, propios de la economía y aplicados por medio del Análisis Económico al Derecho, conllevaron necesariamente el desarrollo de las técnicas de análisis desarrolladas o adoptadas por economistas en el perfeccionamiento de su ciencia. Así, las principales herramientas teóricas usadas por los economistas fueron la econometría y la estadística. La estadística no era una gran innovación en el análisis jurídico, pues ya la sociología jurídica se había encargado de introducirla en el análisis de las instituciones²⁴⁰. Pero la econometría, por el contrario, fue completamente novedosa en el derecho.

La econometría surge a partir de un artículo de PAWEL CIOMPA, en 1910, quien desarrolla las bases del modelo clásico de regresión lineal. Este modelo simplemente permitía la descripción de series de datos económicos en forma matemática para trazarlos de forma geométrica²⁴¹. Esta visión descriptiva de la econometría, fue superada

240 Véase: MARDONES, JOSÉ MARÍA. *Filosofía de las ciencias humanas y sociales*. Barcelona: Anthropos, 1991.

241 *Ibíd*em, pág. 212. También ver: GUJARATI, DAMODAR. *Econometría*. Madrid: MacGraw-Hill, 2001, págs. 2 y sigs.

pocos años después. RAGNAR FRISCH, econometrista de la nueva época, dijo refiriéndose a la econometría:

“La econometría de ningún modo es lo mismo que la estadística económica. Tampoco es idéntica a los que denominamos teoría económica general, aun cuando una parte considerable de esta teoría posee un carácter definitivamente cuantitativo. La econometría no debe tomarse como sinónimo de la aplicación de las matemáticas a la economía. La experiencia ha mostrado que cada uno de estos tres puntos de vista, el de la estadística, el de la teoría económica y el de las matemáticas, representa una condición necesaria pero, por sí misma, insuficiente para una comprensión real de las relaciones cuantitativas en la vida económica moderna. La unificación de las tres es lo que resulta poderoso, y esta unificación es la que constituye la econometría²⁴².

Así, la econometría es la simbiosis entre las matemáticas, la estadística y la teoría económica. Por ello, permite tomar una serie de datos estadísticos, a los cuales se les aplican un conjunto de procedimientos matemáticos de generalización y con ello se desarrolla o se prueba una teoría económica dada²⁴³.

La escuela de Chicago, tomó como una de sus principales herramientas de análisis la econometría. La razón ya se dio, en términos generales, la econometría permite, a partir de la “microeconomía, la matemática, la investigación de operaciones, el análisis de sistemas y pruebas estadísticas” establecer qué tipo de ley o regulación es más conveniente o mirar la efectividad y eficiencia de una ley impuesta. Así, la econometría nos dirá si X política jurídica puede ser aplicada, en tanto que no hay evidencia suficiente que indique que generará pérdidas o ganancias en el bienestar general. O también nos puede decir que, no hay evidencia suficiente que indique cómo desde la aplicación de X política jurídica ha habido pérdidas o ganancias en el bienestar general.

242 FRISCH, RAGNAR. Editorial. *Econometrica*, vol. 1, No. 1, 1933, pág. 2.

243 Una crítica a la econometría en: SHOSTAK, FRANK. What is wrong with econometrics? *Mises daily article*. En: <http://www.mises.org>. Posted: April 22, 2002.

3.3. BASES DE LA TEORÍA ECONÓMICA QUE FUNDAMENTAN EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Los cimientos conceptuales que determinan la metodología económica de la escuela de Chicago son los mismos que se usan en la aplicación de los fundamentos de la teoría microeconómica neoclásica. Tres son las bases de la teoría económica que fundamentan el análisis económico del derecho de la escuela de Chicago. El principio de la maximización racional, la teoría del precio y el principio de eficiencia Kaldor-Hicks-Scitovsky.

3.3.1. LA MAXIMIZACIÓN RACIONAL

Cuando hablamos de maximización no podemos dejar de hablar de la racionalidad. Tal como lo dijimos en el primer capítulo, para la economía neoclásica y, por tanto, para el Análisis Económico del Derecho de la escuela de Chicago, un individuo es racional según el modo como estructura sus preferencias. Así, si las preferencias de un individuo son completas, transitivas, reflexivas y continuas²⁴⁴, éste es racional. Lo mismo para la firma, si el conjunto de posibilidades de producción existe y es cóncavo, entonces éstas serán racionales²⁴⁵.

Que un individuo o firma sea un maximizador racional implica únicamente que, para conseguir un fin, consumidores y productores usan los medios necesarios y eficientes que les permitan maximizar sus utilidades y beneficios. Esto se puede traducir en que, un individuo actuará si, y sólo si, el beneficio de una unidad de acción es mayor o igual que el costo en que incurre por dicha unidad

244 Véase: VARIAN, H. *Análisis microeconómico*, *op. cit.* También: MAS COLELL, *et al.*, *op. cit.*, págs. 6 y sigs.

245 *Ibidem.*

adicional de acción, es decir, que el beneficio marginal sea mayor o igual al costo marginal²⁴⁶.

Por ejemplo, en términos del Análisis Económico del Derecho de la escuela de Chicago, ejecutar una acción que se aplica en contra de una norma estipulada en un contrato, la ley, etc. implica un cálculo racional del agente en el que se tiene en cuenta el costo marginal frente al beneficio marginal de la acción. Así, quien quebranta una norma, simplemente tiene un conjunto de preferencias, costos de oportunidad y restricciones que le permiten maximizar su beneficio desconociendo la norma y aceptando el precio en que se incurre con ella.

Algunas objeciones se han planteado a este supuesto del Análisis Económico del Derecho de la escuela de Chicago. Se dice que la racionalidad económica implica información completa y perfecta y la simple observación nos muestra que es una verdad de PERO GRUYO saber que esto no es así²⁴⁷. POSNER responde brillantemente a esta objeción diciendo que la omnisciencia es imposible, pero que teniendo en cuenta que la información es un bien, unidades adicionales de ella son costosas, por ello, adquirirlas implica que la utilidad o beneficio marginal de la misma supere a los costos marginales²⁴⁸. Así, algunas veces, ser racional implica ser ignorante y mientras el costo de la información aumenta también aumentará la ignorancia²⁴⁹. De este modo, es posible ser ignorante racionalmente, pues la ignorancia en ciertos eventos maximiza utilidad.

Este caso se presenta normalmente en las firmas, algunas necesitan conocer al máximo a sus clientes pues su actividad es riesgosa según

246 MERCURO y MEDEMA, *op. cit.*, 57.

247 POSNER, RICHARD, *Economic analysis of law*. Fifth edition. Aspen ... pág. 19.

248 *Ibidem*.

249 MERCURO y MEDEMA, *op. cit.*, pág. 58.

el comportamiento de éstos, para otras firmas el conocer el comportamiento de sus clientes es innecesario. Así, una entidad bancaria debe recolectar grandes cantidades de información respecto de cómo se comportan sus clientes para así establecer perfiles de información estadística; esta información cuesta mucho, tanto en su proceso de recolección, procesamiento y almacenamiento. Con todo, la firma sabe que, de no hacerlo, las entidades bancarias se verían expuestas a riesgos muy altos y, sobre todo, posibles pérdidas en el desarrollo de su actividad. Del mismo modo, una panadería no necesita la misma cantidad de información que necesita una entidad financiera sobre sus clientes para maximizar sus beneficios (aunque ella podría mejorar sus ingresos si invierte en ella), de modo que, dicha firma prefiere ser ignorante en muchos aspectos pues con ello maximiza sus beneficios frente a la información.

Otra objeción a la aplicación del concepto de maximización racional en el análisis económico del derecho, se funda en que, el derecho no aplica sus normas a individuos racionales, sino a individuos razonables²⁵⁰. Con todo, tal como lo dice HIRSCH, no son del todo disímiles el individuo razonable y el racional. El individuo razonable, es aquel que está socializado con las normas y convenciones de una comunidad y cuyo comportamiento corresponde a estas normas²⁵¹. El derecho refleja estas normas y convenciones y por ello es obedecido por individuos razonables, los cuales, por ser razonables, tienen en su conjunto de preferencias una restricción de acción, la cual impide la acción contraria a imperativos legales. Así, el individuo razonable maximiza, dadas sus preferencias, de modo que es racional. Ahora, el individuo no razonable, es desviado de la perspectiva del derecho en términos de

250 Véase: HIRSCH, WERNER. *Law and economics: an introductory analysis*. Second edition. Academic press, 1988.

251 MERCURO y MEDEMA, *op. cit.*, pág. 58.

RICOEUR²⁵², pero es racional, en tanto que no cumplir la ley puede ser la conclusión de un cálculo económico entre costos y beneficios.

3.3.2. LA TEORÍA DEL PRECIO

Según la teoría del precio respecto del consumidor, un aumento de los precios se traduce en una disminución en las cantidades demandadas de un bien, *ceteris paribus*. Esta es una conclusión de la observación implícita de la maximización racional²⁵³ pues ésta indica que hay una relación inversa entre incentivos en el precio y la cantidad demandada.

Esta observación del comportamiento humano, se puede aplicar a la esfera legal. Se dice, por parte de los miembros de la escuela de Chicago, que las normas legales establecen un precio, una sanción²⁵⁴, sea ésta el castigo o la recompensa, la cual genera determinado comportamiento en un grupo de personas. Es claro que no todas las normas legales tienen una estructura imperativa, es decir, establecen un supuesto de hecho al cual se le sigue una consecuencia jurídica²⁵⁵. Así, estas normas, sólo por conexidad con otras implican un precio²⁵⁶. Las normas de carácter imperativo hipotético, establecen un si X (siendo X una acción, o un hecho humano) entonces Y (siendo Y una sanción, sea la pena o la recompensa), determinan el

252 RICOEUR, PAUL, *Finitud y culpabilidad*. . . .

253 HIRSCH, WERNER, *op. cit.*, pág. 4.

254 Código Civil. Colección Códigos *Brevis*. Bogotá: Editorial Legis, 2002, Artículo 6.

255 Por ejemplo, los derechos fundamentales establecidos en la constitución representan un precio si una norma sanciona su violación.

256 En cierto sentido sería mucho más adecuado hablar de costo que de precio. Pues el precio surge de la interacción que se produce en el juego de la oferta y la demanda, el costo está mejor relacionado con la teoría de la acción, en la que se incurre en un costo debido al sacrificio que genera la ejecución de una acción.

“precio” en el que incurre quien desarrolla X. Por ello, el maximizador racional, lo que hace es observar la sanción, determinar cuál es la probabilidad de que dicha sanción sea aplicada y asignarle un valor esperado a la misma. Este valor esperado se compara con el valor contrario, es decir, aquel en que se incurre por no desarrollar X. Esta comparación determinará uno de dos resultados: no hacer X pues el valor de retorno de hacerlo es inferior al de no hacerlo, o hacer X pues el valor de retorno de no hacerlo es inferior al de hacerlo. (Es interesante preguntarse qué dice la teoría de la maximización racional cuando el retorno por no hacer X es *igual* al retorno por hacer X, ¿se desarrolla o no se desarrolla X?).

El mejor ejemplo de este precepto de la teoría de la escuela de Chicago sobre el Análisis Económico del Derecho, es presentado en el análisis de las normas penales. Vamos a desarrollar, para explicar el principio de la escuela de Chicago, como funciona la lógica del hurto²⁵⁷.

3.3.2.1. Sistema punitivo y teoría del precio

Supongamos que el delincuente se comporta como una firma, desarrolla una actividad productiva, robar²⁵⁸. El beneficio del ladrón es el valor de los artículos robados menos el coste, que resultaría de la posibilidad de ser detenido y la correspondiente pena, sea prisión o multa. En términos económicos no es relevante si la pena es prisión o multa pues, medidas en términos de costo de oportunidad, las dos

257 BENTHAM desarrolló el primer análisis de este tipo en su estudio sobre la legislación penal que se fundamentó en el ensayo sobre los delitos y las penas de BECCARIA. Posteriormente BECKER desarrolló un estudio similar en: BECKER, G. Crime and punishment: An economic approach. *Journal of political economy*, vol. 76, No. 169, 1978.

258 VARIAN, HAL. *Análisis...*, págs. 601 y sigs.

se pueden equiparar²⁵⁹. El problema está en la relación de la prisión o multa con el bien hurtado, en términos cuantitativos o cualitativos.

3.3.2.1.1. Pena fija

Si el ladrón entra a una joyería y no sabe qué artículo robar, su problema se formula de la siguiente manera:

$$\text{MAX}_x B(x) - C(x)$$

donde x es el valor del artículo, $B(x)$ es el beneficio que le reporta el hurto del artículo y $C(x)$ el costo en que espera incurrir. Si la pena es fija, $C(x)$, sea multa o prisión, *no depende* del valor del objeto sustraído, de modo que será, siempre Y . El problema del ladrón será:

$$\text{MAX}_x B(x) - \rho(g)Y(x)$$

donde $\rho(g)$ es la probabilidad de ser atrapado que depende de los gastos del Estado para garantizar el cumplimiento de la ley y Y la multa en pesos. El ladrón debe buscar un valor del bien, x , tal que maximice su beneficio en términos netos, ya que su costo no depende de la cantidad de bienes robados, pues son fijos en términos de la pena. Así, la condición para maximizar el beneficio neto es simplemente,

$$x \geq \rho(g)Y$$

259 Por ejemplo, para medir cuál sería el costo monetario de la prisión podemos usar el concepto del lucro cesante. En un ladrón, que suponemos un ladrón no calificado, el lucro cesante, equivaldría al total del tiempo en meses de prisión, $p(m)$, multiplicado por uno más la inflación esperada, $(1+\pi e)$, y eso multiplicado por el mínimo salario que podría obtener en el mercado laboral, es decir, el salario mínimo legal mensual, $SMLM$. De modo que la ecuación sería,

$$LC = p(m)SMLM (1+\pi e).$$

de modo que, si x es mayor que $\rho(g)Y$, entonces el delincuente cometerá el delito, si es menor no lo hará. Es necesario recalcar que con este sistema, en el que la pena no depende de la cuantía o del valor del bien hurtado, se incentiva siempre al ladrón a hurtar el bien más costoso. Como el costo es independiente de la magnitud del delito, el delincuente es incentivado a cometer el mayor delito posible. De manera que, si el Estado impone la misma pena para el asesinato que para el hurto, el ladrón siempre estará incentivado a cometer el delito mayor, de modo que de ser atrapado, no tendrá ningún problema en matar al policía pues la pena por robar y asesinar es la misma.

¿Qué podría pasar si la pena para cualquier delito es la muerte? En una visión simplista, la criminalidad disminuiría inmediatamente. Con todo, como suponemos que el delincuente es racional y puede prever los posibles pagos de su acción, entonces la conclusión no puede ser la misma. De este modo, el delincuente siempre estará incentivado a cometer el delito mayor. Por ejemplo, en un caso utópico, la pena por conducir sin licencia es la muerte. El delincuente es atrapado por un policía y sabe que lo condenarán a la pena capital. Si el delincuente es racional, asesinará al policía, pues por cometer uno u otro delito morirá.

Un ejemplo real es el de la pena capital por homicidio con sevicia²⁶⁰. El delincuente que comete un homicidio con sevicia es castigado con pena capital. El delincuente sabe esto, de modo que no le importa si asesina muchas más personas, igual la pena será la misma, pues no es variable, a nadie lo pueden condenar a varias penas de muerte.

260 La sevicia es crueldad excesiva o trato cruel.

3.3.2.1.2. Pena variable

Suponiendo un sistema en el cual la pena *depende* del valor del bien, el ladrón resuelve el siguiente problema:

$$\text{MAX}_x B(x) - \rho(g)Yx$$

Como vemos, ahora el coste del ladrón se determina en términos marginales pues tanto sus beneficios como sus costos dependen de la variable a maximizar. La condición de primer orden de este problema²⁶¹, es idéntica a la de todos los problemas de maximización de la firma, de modo que, para maximizar es necesario que el ingreso marginal sea igual al costo marginal, así:

$$B'(x^*) = \rho(g)Y$$

Así, a mayor grado de vigilancia, $\rho(g)Y$, y mayores multas, Y , mayores son los costos marginales del delincuente. De manera que el ladrón sólo va a encontrar un nivel óptimo de beneficios, dependiendo de la cantidad de delito que el Estado esté dispuesto a tolerar, es decir, x^* .

Podemos concluir que para que la pena sea disuasoria debe imponer un costo de tipo marginal al delincuente, es decir, por valor diferencial de cada unidad, mas no un costo neto, o costo total de la actividad, como el analizado en el sistema de la pena fija. Con todo, el papel del Estado en la definición de la pena fija o variables es muy importante, pues al Estado lo que le debe interesar es minimizar la actividad delictiva hasta sus niveles óptimos²⁶².

261 $\frac{\partial B(x)}{\partial x} \geq \frac{\partial (\rho(g)Yx)}{\partial x}$

262 Se dice niveles óptimos pues puede llegarse a la situación en que, por disminuir la actividad delictiva, el Estado disminuya sus gastos en otras actividades de interés social que pueden compensar en beneficios sociales marginales al costo social marginal que genera la delincuencia menor, de manera que preferirá en algunos casos no

3.3.2.1.3. Pena fija y variable

Suponiendo un sistema en el cual la pena de prisión *depende* del valor del bien, y la pena de multa no depende del valor, el ladrón resuelve el siguiente problema:

$$\underset{x}{MAX} B(x) - \rho(g)Px - \rho(g)M$$

nde, P es la prisión y M es la multa. Como vemos, ahora el coste del ladrón se determina en términos marginales pues tanto sus beneficios como sus costos dependen de la variable a maximizar. La condición de primer orden de este problema, es idéntica a la de todos los problemas de maximización de la firma, de modo que, para maximizar, es necesario que el ingreso marginal sea igual al costo marginal, así:

$$B'(x^*) = \rho(g)Y$$

Si la prisión y la multa son fijas, en términos netos, el valor del bien debe ser mayor a $\rho(g)(Px+M)$. Así, a mayor grado de vigilancia, $\rho(g)Y$, y mayores multas, Y , mayores son los costos marginales del delincuente. Si por el contrario son variables, imponen un costo marginal al delincuente, que por ser un valor de tipo diferencial o por unidad y un costo neto como el analizado en el sistema de la pena fija, hace más complejo para el delincuente lograr un nivel óptimo de actividad.

perseguir ciertos delitos, y mejor dedicar esos recursos a inversión en infraestructura, educación o salud. Un caso en el que el Estado dedica inmensos recursos a la persecución del delito y en el cual los recursos son usados ineficientemente, es en los procesos por inasistencia alimentaria. Procesos que tienen una justicia civil instaurada para su solución y que, sin embargo, el Estado invierte recursos en su persecución penal; persecución que en su mayoría produce sentencias condenatorias no ejecutables.

3.3.2.1.4. La determinación de $\rho(g)Y$

Como dijimos atrás, al Estado le interesa minimizar la actividad delictiva. Pero dicha minimización debe buscar que el valor x^* sea igual al costo esperado de la multa, es decir, el costo de la multa ponderado por la probabilidad de ser atrapado²⁶³. Como g es una variable muy costosa para el Estado, la actitud de éste está en manipular el ítem menos costoso, es decir, la multa. El Estado, entonces, dados sus recursos o su restricción presupuestal, fija el valor g , como el más bajo que le minimice costos, y fija el valor de Y , al punto que dada la probabilidad $p(g)$, iguale al valor del bien hurtado. Es necesario tener en cuenta que el valor de g , no puede ser cero, 0 , pues el costo esperado del delincuente es cero y le convendría hurtar todo. También se debe tener en cuenta que Y no puede ser tan alto pues puede llevar a un aumento de la delincuencia. Esto es porque llegará el punto en que el castigo es tan severo que no importará cometer un crimen mayor. Por ejemplo, si el castigo por conducir embriagado es “la pena de muerte”, al ser detectado el infractor por un policía, no le importaría nada matar al policía, pues de no hacerlo le espera un mal mayor. Así, en lugar de cometer un delito se cometen dos o más.

Debemos aclarar que el valor de $\rho(g)Y$, depende estrictamente de g . Por esto, el Estado, encargado de asignar un valor a Y y un valor a g , debe tener en cuenta las pérdidas por robos, representadas por $H(x)$, y los costos de vigilancia, $c(x)$. El Estado, que se comporta como una empresa, debe minimizar los costos de la actividad delictiva, así su problema será:

$$\min_g H(x) - \rho(g)Y + c(x)$$

263 Es decir, si la probabilidad de ser atrapado es del 50% y la multa es de 100 pesos, el costo esperado de la multa ponderado por la probabilidad de ser atrapado surge de: $50\% * 100 = 50$.

Es decir, minimizar las pérdidas sociales por los hurtos, los costos de vigilancia y la probabilidad de atrapar a un delincuente dada por g . La solución llevará a que el Estado, minimice sus costos de vigilancia, $\rho(g)$, y el sistema llevará a una asignación poco eficiente.

De lo dicho respecto del sistema en que la multa es independiente del valor del bien hurtado, podemos inferir que buscar una dosimetría penal eficiente es importante en tanto que es necesario que el castigo sea acorde con el delito, de modo que, el delincuente, pague costos más altos por delitos más severos, internalizando con ello, los posibles beneficios de su acción en los costos de su actividad.

Como vemos, la pena actúa como un precio, pues induce un aumento de la delincuencia cuando es baja, o una disminución de la misma cuando es alta sin ser excesiva. Este mismo tipo de análisis se puede aplicar a normas del derecho de familia, del derecho laboral, etc. Por eso, es de completa aplicación por parte de la teoría del análisis económico del derecho de la escuela de Chicago la siguiente frase de EIPSTEIN:

“tú nombra la rama del derecho, y yo te mostraré como unos cuantos principios de teoría del precio que dictan su estructura económica implícita”²⁶⁴.

3.3.3. LA EFICIENCIA

En la teoría económica neoclásica ha habido cuatro concepciones de la eficiencia. Éstas son 1) el principio de eficiencia de la producción;

264 EPSTEIN, *op. cit.*, pág. 1168. “You name the legal field, and I will show you how a few fundamental principles of price theory dictate its implicit economic structure”. Citado por: MACKAAY. *op. cit.*, pág. 76.

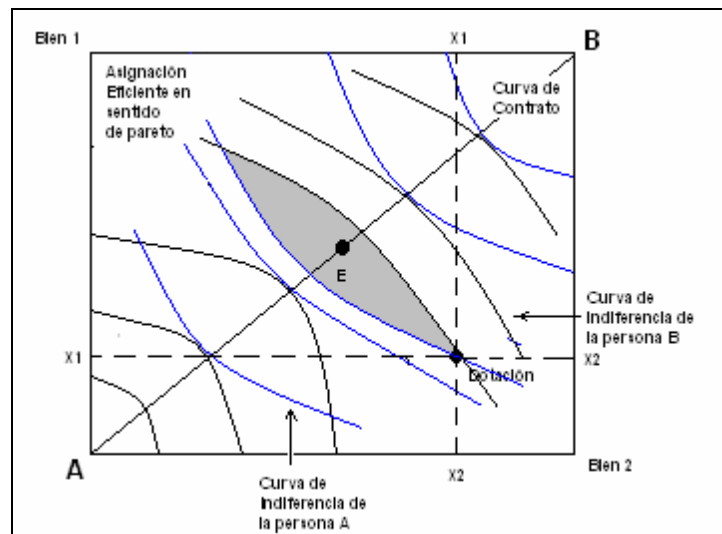
2) el principio de superioridad de Pareto; 3) el principio de optimalidad de Pareto; y 4) el principio de eficiencia de Kaldor-Hicks.

1. El principio de la eficiencia productiva dice que los factores de producción se han asignado de tal modo que una reasignación de factores no aumentará la producción final.
2. El principio de la superioridad de Pareto dice que, si existe una asignación P y una asignación Q, en la que el paso de P a Q no perjudica a nadie y mejora al menos a una persona, se dice entonces que Q es superior en términos de Pareto.
3. El principio de optimalidad de Pareto dice que, hay optimalidad si no existe ningún otro estado superior debido a que no es posible mejorar a nadie sin empeorar a otro.

Analicemos por intermedio de la caja de EDGEWORTH²⁶⁵ los conceptos de superioridad de Pareto y optimalidad de Pareto. El análisis gráfico muestra dos personas o grupos de personas, A y B. Los bienes en la economía son el bien 1 y el bien 2, para los cuales A tiene una cantidad x_1 y una cantidad x_2 , y B tiene una cantidad x_1 y una cantidad x_2 , respectivamente. A esa distribución de los bienes 1 y 2 entre A y B, se le llama dotación, o dotación inicial. En términos gráficos:

265 Utilizada e inventada por el economista inglés FRANCIS YSIDRO EDGEWORTH (1845-1926).

GRÁFICO 9

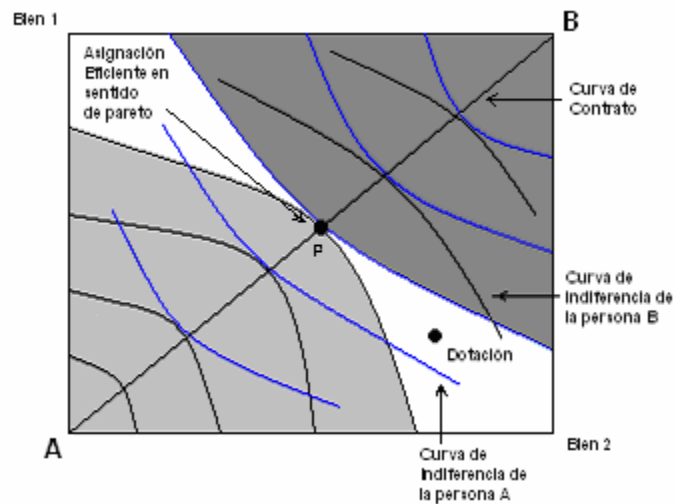


Ahora bien, podemos ver en el gráfico 10 que la dotación inicial no corta con las curvas de indiferencia de los dos agentes o grupos de agentes, de modo que, aunque corte en una de ellas, no necesariamente ella es la mejor asignación posible. La caja de EDGEWORTH nos permite también ver la curva de contrato, ella muestra todos los puntos en que se encuentran tangencialmente la curva de indiferencia de A y B. Con ello se muestran todos los posibles estadios de negociación óptima de la asignación.

Ahora bien, en términos de Pareto la asignación inicial puede ser superior, dado que, de haber una redistribución, que se acerque al área E, ella necesariamente será superior en términos de Pareto. Esto, debido a que, tanto A como B, mejoran con relación a sus curvas de indiferencia. En términos de optimalidad la asignación más eficiente es aquella en que, de haber un cambio, o A ó B, reducirían su utilidad. Esta asignación, es la que representa el punto P en el gráfico. Como vemos, el área oscura, indica los puntos posibles en que A estaría mejor y B peor, y el área clara indica los

puntos en que B estaría mejor pero A peor. Así, ninguno puede mejorar, un cambio en esta asignación empeoraría la situación de A ó B, además, se han agotado todas las posibles ganancias del comercio, y por ello no es posible realizar intercambios mutuamente ventajosos.

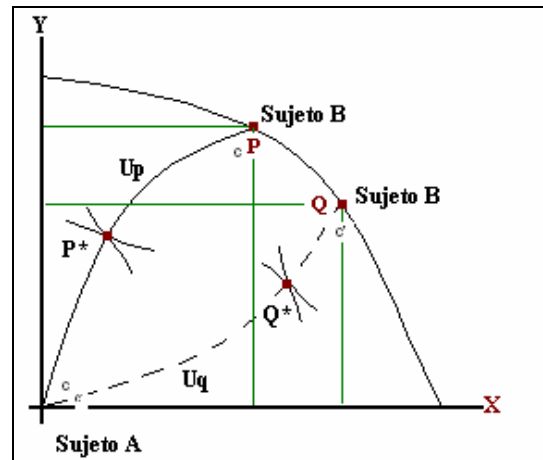
GRÁFICO 10



4. El principio de compensación de KALDOR-HICKS-SCITOVSKY dice que un estado de cosas P es eficiente en términos de KALDOR-HICKS, si el paso de Q a P genera una ganancia tal a los ganadores que con ella, medida en términos de disposición a pagar, se pueda compensar potencialmente a los perdedores con la asignación. El análisis de KALDOR-HICKS-SCITOVSKY, es normalmente explicado usando curvas de frontera de posibilidades de utilidad²⁶⁶.

266 El siguiente análisis gráfico procede de : GOULD, JHON P., Fesjuron, CE., microeconomy theory. Homewood, Illinois, Irwin, 1980.

GRÁFICO 11

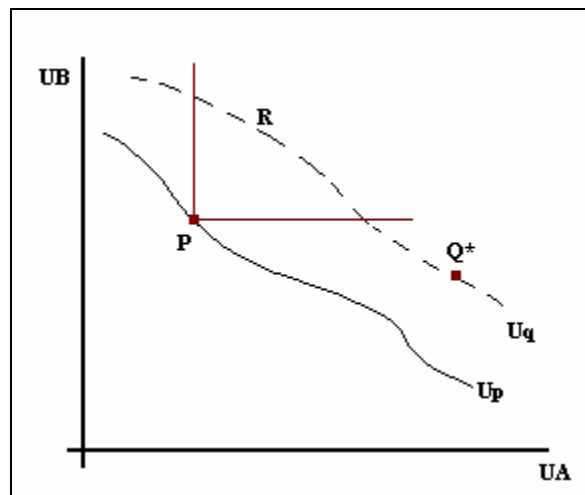


El gráfico 11 nos muestra dos posibles estados de la economía, dados por dos posibles políticas gubernamentales en una sociedad en la que hay dos tipos de grupos de personas, A y B. Así, se pasa de un punto P, a un punto Q transformando la curva utilidad por los bienes X e Y. Las líneas U_p y U_q , son fronteras de posibilidades de utilidad, donde en la asignación P la frontera de contrato es U_p , mientras que en la asignación Q la frontera es U_q . En U_p , la asignación eficiente es P^* , en U_q , es Q^* . U_q y U_p , representan a su vez dos posibles curvas de contrato, es decir, la curva que indica puntos de tangencia entre las curvas de indiferencia de los dos agentes, de manera que se presenta una posible negociación óptima entre ellos en $c-c$ para U_p y $c'-c'$ para U_q . El paso de P a Q permite ver cuatro posibles situaciones, las cuales dependen de la posición relativa de la situación antes y después del cambio en las normas en la sociedad.

Caso 1. En este caso, descrito en gráfico 12, el paso de P^* a Q^* demuestra un resultado sin ambigüedad, pues las ganancias de A compensan sobradamente la pérdida de B. El modo de ver esto gráficamente es buscar los puntos Pareto superiores a la asignación P, es decir, el área R en la cual A potencialmente compensa a B.

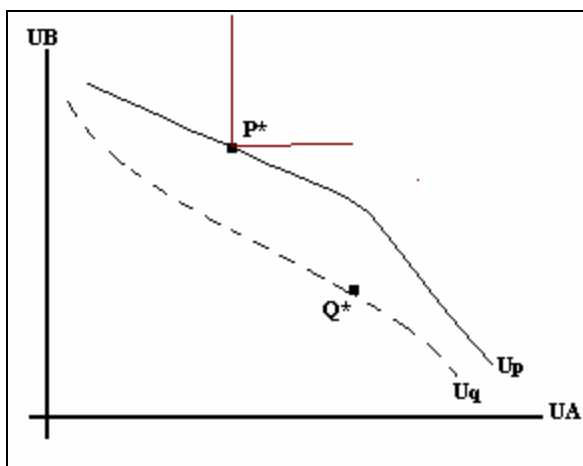
Según el principio de compensación, la política gubernamental recomendaría el cambio de P a Q, pues en R se puede negociar una mejor situación para los dos grupos de agentes.

GRÁFICO 12



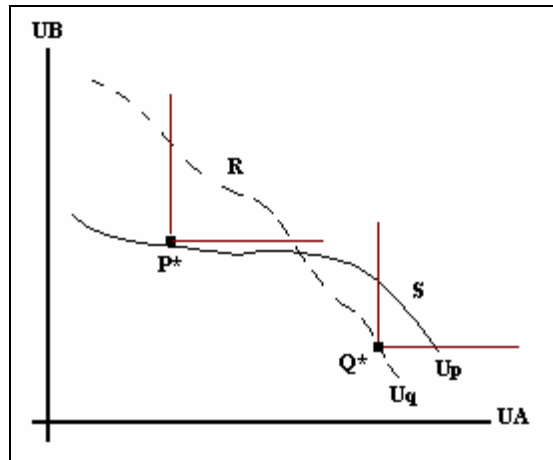
Caso 2. En este caso, según se ve en el gráfico 13 las curvas no se interceptan y podemos ver que U_p está al extremo derecho de U_q , demostrando una caída de la utilidad total. Además, el gráfico 13 nos indica que el paso de P a Q^* no es eficiente, pues no es posible compensar las pérdidas de B con la ganancia de A. Así, es mejor que A compense a B, pues es mayor la pérdida en que se incurriría, que la ganancia. Este cambio no es eficiente en términos de KALDOR-HICKS, y por ello el principio de compensación no recomendaría el cambio de P a Q.

GRÁFICO 13



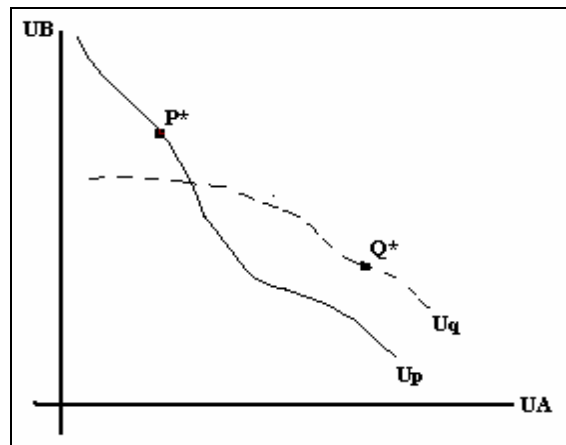
Caso 3. Este caso es particular, pues, como vemos en el gráfico 14, U_q y U_p se interceptan, determinado diferentes puntos P^* y Q^* . Este caso representa el principio de compensación que originalmente definió KALDOR, según el cual el movimiento de P a Q es mejor para la economía pues la ganancia de A excede la pérdida de B . El método gráfico recomienda buscar el punto pareto superior, el cuál demuestra la posible compensación de A a B . Pero, hay una paradoja en este caso, si vemos, un paso de Q^* a P^* también, desde lo gráfico permite una compensación pareto superior en U_p , en el área S . Así, el paso de Q^* a P^* también es eficiente, pues en S es posible hacer la compensación de B a A con la política P .

GRÁFICO 14



Caso 4. Este caso representa la formulación del problema por parte de Hicks. En el gráfico 15, las curvas U_p y U_q se interceptan con P^* y Q^* . Con eso, vemos que el paso de P^* a Q^* es recomendado pues el perdedor no puede compensar al ganador para que no exista el cambio. Con todo, vemos que no se cumple la condición de KALDOR, de modo que el ganador tampoco puede compensar al perdedor. Entonces, KALDOR y HICKS dan respuestas contradictorias ante la misma situación.

GRÁFICO 15



Esta ambigüedad fue resuelta por SCITOVSKY, (véase gráfico 14) quien estableció que sólo cuando la condición de KALDOR y la de HICKS se cumplen, sin ambigüedad, habrá una mejora en la economía, dada por la compensación. Así, la formulación del principio de KALDOR-HICKS-SCITOVSKY se resume así:

Un cambio puede ser juzgado como mejorador del bienestar social si y sólo si ambos ganadores del cambio pueden compensar los perdedores por sus pérdidas y permanecer mejor ellos mismos, y los perdedores no pueden haber compensado a los ganadores para renunciar a las ganancias sin estar ellos peor que en su situación original²⁶⁷.

Después de lo dicho, no nos queda más que recordar que la escuela de Chicago desarrolló muchos estudios del derecho desde su perspectiva de la economía. Éstos van desde el análisis del matrimonio de BECKER hasta el análisis de la responsabilidad civil. Pero, en el contexto norteamericano donde se desarrolla esta escuela, dos son los aportes al análisis económico del derecho posterior, el primero es la tesis de la eficiencia del *common law* y el segundo es la distinción metodológica del análisis positivo y normativo del análisis económico del derecho. A paso seguido, estudiaremos estos aportes.

267 El texto original dice: “A change may be judged to improve society well-being if and only if both gainers from change can compensate losers for their losses and remain better off them selves, and the losers could not have compensated the gainers to forgo the gains without being themselves worse off than in their original position”. MERCURO y MEDEMA, *op. cit.*, pág. 50. (La traducción es nuestra).

3.4. DESARROLLOS GENERALES DE LA ESCUELA DE CHICAGO EN EL AED

3.4.1. TESIS DE LA EFICIENCIA DEL *COMMON LAW*

La escuela de Chicago sugirió que el *common law* está embebido por una lógica económica en su interior. Este desarrollo doctrinal surge como resultado de las investigaciones de POSNER y otros miembros de la escuela de Chicago respecto de la lógica del sistema jurídico norteamericano. Así, se determinó que existe una teoría económica del *common law* la cual consiste en que:

“el *common law* es el mejor (sistema jurídico) entendido no únicamente como un mecanismo de precios sino como un mecanismo de precios diseñado para llevar una eficiente asignación de recursos, en el sentido de KALDOR-HICKS”²⁶⁸.

La hipótesis dice que el desarrollo del *common law* puede entenderse como si su meta fuera la maximización de la asignación de recursos. En este sentido, esta tesis se explica como si los jueces que “crean” el derecho a través de decisiones operando como precedentes estuvieran tratando de promover la eficiencia de asignación de recursos²⁶⁹. En palabras de POSNER:

“El *common law* es un sistema de reglas que induce a la gente a comportarse eficientemente, no sólo en mercados explícitos sino a través de todo el rango de interacciones sociales. En asignaciones en que el costo de transacciones voluntarias es bajo, las doctrinas del *common law*, crean incentivos para que la gente canalice sus transacciones por intermedio del mercado...En asignaciones donde el costo de asignar recursos por transacciones voluntarias es prohibitivamente alto, haciendo del mercado un método inasible de asignación de recursos, el *common law* aprecia el comportamiento dirigido a imitar el mercado”²⁷⁰.

268 POSNER, R., *op. cit.*, 5.

269 MERCURO y MEDEMA, *op. cit.*, pág. 61.

270 “The common law is a system of rules for inducing people to behave efficiently, not only in explicit markets but across the whole range of social interactions. In settings

Las anteriores afirmaciones son demostradas por POSNER señalando dos aspectos del *common law*: primero, que las instituciones del *common law* han sido diseñadas para promover la eficiencia por medio de la implementación de transacciones de mercado a través de contratos y; segundo, que las decisiones del *common law* resultan en una asignación de recursos parecida a la que surgiría de la transacción en el mercado libre²⁷¹.

La tesis según la cual las instituciones del *common law* han sido diseñadas para promover la eficiencia por medio de la implementación de transacciones de mercado a través de contratos se prueba a través de la hipótesis de la utilidad marginal y de los acuerdos anteriores al juicio. Así, las partes afrontan una decisión que oscila entre irse a juicio y esperar la adjudicación judicial o arreglar previamente entre ellos.

Por otro lado, la tesis que dice que las decisiones del *common law* resultarán en una asignación de recursos parecida a la que surgiría del mercado libre, se demuestra por dos hechos:

Primero, porque las normas que no promueven la eficiencia son normalmente más demandadas por su inconstitucionalidad ilegalidad en las Cortes. La razón de esto, es que las normas ineficientes generan a las partes costos esperados de los juicios más altos y por ello las partes se ven incentivados a gastar más tiempo, dinero y esfuerzo en demandar la norma²⁷². Si la norma ineficiente sigue siendo vigente y los jueces siguen promoviendo esta asignación

in which the cost of voluntary transactions is low, common law doctrines create incentives for people to channel their transactions through the market... In settings where the cost of allocating resources by voluntary transactions is prohibitively high, making the market an infeasible method of allocating resources, the common law prices behavior in such a way as to mimic the market". POSNER, R. *Economic...* pág. 252 (La traducción es nuestra).

271 *Ibidem*.

272 *Ibidem*, pág. 63.

ineficiente, la reacción de las partes es buscar modos alternativos de solución como el arbitramento²⁷³.

Por otro lado, RUBIN²⁷⁴ y PRIEST²⁷⁵ dicen que hay una relación entre la eficiencia presumida del *common law* y la decisión de los agentes de usar las Cortes para la solución de conflictos. Esta relación surge ya que ir a la Corte es el resultado de la existencia de normas ineficientes, y no de normas eficientes. Así, las normas eficientes se resolverán de un modo ante los jueces, reduciendo las expectativas de litigio futuro. Además, si éstas son ineficientes, los interesados irán a la Corte hasta que la norma sea cambiada. Así pues, la tesis de RUBIN y PRIEST establece que, si las normas son ineficientes los interesados irán a la Corte hasta que la nueva norma sea eficiente. Consecuentemente, con el tiempo, normas y adjudicaciones legales ineficientes se van transformando en diferentes normas y adjudicaciones legales eficientes.

El segundo hecho que prueba que las soluciones judiciales se parecen a las del libre mercado, es dado porque los jueces han seleccionado normas legales que promueven la eficiencia²⁷⁶. Precisamente, no se dice que los jueces puedan duplicar las soluciones del mercado competitivo, sino que, teniendo en cuenta los límites establecidos por el costo de administrar el sistema legal, las adjudicaciones de los jueces del *common law* llevan al sistema económico más cerca de los resultados que produciría la competencia²⁷⁷.

273 POSNER, *op. cit.*, pág. 535.

274 RUBIN, PAUL, Why is the common law efficient? *Journal of legal studies*. No. 6, Jan, 1977, pág. 51.

275 PRIEST, GEORGE, The common law process and the selection of efficient legal rules. *Journal of legal studies*. No. 6, Jan, 1977, págs. 65 y sigs.

276 *Ibidem*, pág. 63.

277 POSNER, *op. cit.*, pág. 5.

En términos generales, POSNER sugiere que la lógica económica que invade al *common law* y que, en general, cuando los costos de transacción son bajos, el *common law* da incentivos a los individuos para canalizar sus transacciones a través del mercado, y cuando los costos de transacción son altos, haciendo que el sistema de mercado no funcione, los precios del *common law* se comportan en un modo tal que imitan el resultado del mercado²⁷⁸.

Esta tesis de la escuela de Chicago según la cual, el *common law* lleva a la eficiencia, ha sido varias veces cuestionada y de muchos modos por los estudiosos del análisis económico del derecho y de la teoría jurídica. Las objeciones más comunes son expresadas en los siguientes párrafos.

Primero, la ya mencionada objeción de SCHMID, según la cual la eficiencia no puede ser el fundamento en la distribución de los derechos de propiedad, dado que cualquier distribución es una asignación de recursos eficiente. Así, la tesis de la eficiencia de POSNER es una *aporía* o un *argumento circular*²⁷⁹.

La segunda dificultad del argumento es que, dada la circularidad, es imposible falsear la tesis, es decir, la tesis de la eficiencia del *common law* es tautológica. Así, cuando aparentemente una asignación ineficiente es hallada, de suyo, costos no aparentes pueden ser tomados en cuenta. Entonces, nunca se delimitan los costos a tener en cuenta y, por ello, la teoría siempre llevará a la verdad.

Una tercera objeción toca el punto de la a-historicidad de la tesis²⁸⁰. La tesis de POSNER sugiere que para cada problema jurídico dado hay una solución eficiente. Una vez descubierta, no hay necesidad de moverse de ella. Pero, esta solución parece ser falsa, pues sabemos

278 MERCURO y MEDEMA, *op. cit.* pág. 64.

279 En el capítulo sobre el institucionalismo desarrollaremos esta objeción.

280 VELJANOVSKY, 1990, pág. 97.

que el derecho tiende a evolucionar con el tiempo, y una solución considerada satisfactoria hoy puede no serlo mañana²⁸¹. Además, si hay siempre una única solución a un problema jurídico y una tendencia de los sistemas legales a la eficiencia, la solución a los problemas jurídicos, con el tiempo, llegarían a ser las mismas y, con ello, todos los sistemas legales convergerían en las mismas normas.

Una cuarta objeción, planteada por la escuela de economía austriaca²⁸², se centra en los valores subjetivos. Así, para determinar si un cambio de una norma es “eficiente” es necesario mirar si los costos de tal cambio son menores que los beneficios. El problema está en determinar en qué escala las ganancias y las pérdidas de las personas son definidas, si el valor de ellas siempre es subjetivo. Además, en la práctica, las ganancias de un grupo de personas no compensan directamente a los que pierden, de modo que nunca se llegará a asignaciones paretoeficientes. Para evitar esta crítica POSNER usa el criterio de eficiencia de KALDOR-HICKS, donde la eficiencia se mide, simplemente, por la *potencialidad* de compensación de las ganancias con las pérdidas, sin importar si dicha compensación se presenta en realidad y, medida ésta, en la disposición a pagar.

La quinta objeción se centra en el origen de la lógica de la eficiencia. Así, si el *common law* refleja una lógica de la eficiencia, es posible entonces formular una teoría del surgimiento de dicha lógica. Esto, como es lógico, no se ha logrado. Nadie puede desarrollar un algoritmo de la eficiencia y mucho menos desde un punto de vista su surgimiento histórico. Vale la pena citar un dicho anónimo según el cual:

281 MACKAAY, *op. cit.*, pág. 78.

282 TREBILCOCK, MICHAEL J., The Social Insurance-Deterrence Dilemma of Modern American Tort Law: A Canadian Perspective on the Liability Insurance Crisis, No. 24, *San Diego Law Review*, 1987, pp. 929-1002; TREBILCOCK, MICHAEL J., The Future of Tort Law: Mapping the Contours of the Debate, No. 15, *Canadian Business Law Journal*, 1989, pp. 471-488. RIZZO, MARIO J., Law Amid Flux: The Economics of Negligence and Strict Liability in Tort, *Journal of Legal Studies*, No. 9, 291-318. En: MACKAAY, *op. cit.*, pág. 78.

“Es, también, una buena regla no poner mucha fe a los resultados observacionales que se muestran adelante hasta que ellos son confirmados por la teoría”²⁸³.

La sexta objeción se refiere al problema de la distribución. Se dice en la teoría de POSNER que el *common law* lleva a la eficiencia pues esto está en su núcleo teórico. Si esto fuera así, ¿cómo explicar que la mayoría de las leyes contemporáneas están dirigidas y diseñadas con propósitos redistributivos? Además, ¿cómo se explica que los ciudadanos usualmente buscan redistribución a través de políticas que les exigen a sus representantes políticos?²⁸⁴.

3.4.2. EL FUNDAMENTO DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO POSITIVO Y NORMATIVO

La escuela de Chicago desarrolló dos tipos de análisis o aproximaciones metodológicas al derecho. Una de tipo descriptivo, que tradicionalmente es conocida como análisis económico del derecho positivo, y otra de tipo valorativo, que es conocida como análisis económico del derecho normativo.

El análisis económico del derecho positivo, es un tipo de análisis del derecho que busca interpretarlo tal cual es. Así, este tipo de análisis tiene dos facetas, una es el estudio del comportamiento regulado por el sistema legal. Este análisis no cuestiona al sistema, pregunta por los agentes involucrados en él y como responden a restricciones que este sistema impone a la conducta de los agentes²⁸⁵. La otra faceta pregunta por la respuesta de los individuos ante tales normas.

283 “It is also a good rule not to put overmuch confidence in the observational results that are put forward until they are confirmed by theory”. Anónimo.

284 MACKAAY, *op. cit.*, pág. 79.

285 ROEMER, *op. cit.*, pág. 13.

En este sentido, el análisis económico del derecho positivo estudia el comportamiento de los hombres ante un conjunto de normas dado. Es pues un estudio praxeológico y una aplicación de los estudios de lógica de la acción humana económica.

El análisis económico del derecho normativo, busca o propende por el desarrollo de normas que permitan mejorar al derecho. Así, se encarga de sugerir la asignación de derechos, procedimientos e instituciones que pueden llevar a la maximización de la utilidad social. Del análisis económico del derecho normativo surge otro de los aportes de POSNER al análisis económico del derecho de la escuela de Chicago. Este es el concepto ético de la maximización de la riqueza.

3.4.2.1. *La maximización de la riqueza de POSNER*

La maximización de la riqueza de POSNER²⁸⁶ surge como una respuesta a las concepciones abstractas de la economía normativa, fundadas en el utilitarismo de BENTHAM y en el concepto de la optimalidad de PARETO. Parte del concepto de riqueza, como el valor monetario de todo lo que existe en la sociedad, medido por la disposición a pagar o la disposición a vender. Así pues, la única preferencia que cuenta en el sistema de maximización de la riqueza es aquella que se ve respaldada en dinero²⁸⁷ y que por ello cuenta como una transacción en el mercado.

MERCURO y RIAN²⁸⁸, han desarrollado una metodología del proceso de maximización de la riqueza. Las reglas de esta metodología son:

286 POSNER, R., Utilitarianism, economics and legal theory. *Journal of legal Studies*. No. 8.

287 *Ibidem*, pág. 32.

288 MERCURO, NICHOLAS y RYAN, THIMOTY. *Law, economics and public policy*. Greenwich, Conn., JAI press, 1984. Citado por: ROEMER, ANDRÉS, *op. cit.*, págs. 33 y sigs.

1. el analista trata la adopción de las reglas de decisión que rigen el derecho consuetudinario, como una serie de opciones judiciales; 2. una regla de decisión se selecciona para el análisis y se deslinda conceptualmente del derecho restante; 3. las leyes son antecedente y se mantienen constantes; 4. la regla de decisión se compara con otras alternativas; 5. una regla de decisión es eficiente por cuanto su asignación anticipada de recursos representa una mayor riqueza medida por la disposición total a pagar.

POSNER²⁸⁹ indica que para que haya una maximización de la riqueza, es necesario que exista una distribución inicial de los derechos individuales entre sus propietarios naturales, mercados libres que permitan que estos derechos sean reasignados periódicamente a otros usos, disposiciones legales que permitan las transacciones de mercado cuando los costos de transacción son altos, un sistema legal para disuadir y rectificar el atropello de los derechos y un sistema de virtudes morales (“sistema protestantista”²⁹⁰) para reducir los costos de las transacciones en el mercado. Este sistema, sólo se puede lograr con la adopción del criterio de eficiencia de KALDOR-HICKS.

289 POSNER, RICHARD, *Utilitarianism, ...op. cit.*, pág. 127.

290 Para el efecto: Véase: WEBBER, MAX. *Economía y cultura*. México: Fondo de la Cultura Económica, 1998.

4. EL NEOINSTITUCIONALISMO

4.1. LA METODOLOGÍA Y EL NEOINSTITUCIONALISMO

Tal como hemos recalcado a lo largo de este texto, el Análisis Económico del Derecho es una propuesta metodológica y argumentativa de análisis de las instituciones jurídicas que llega a sus conclusiones por intermedio de las “herramientas” conceptuales tomadas de la teoría económica. Este procedimiento de análisis tiene como único objetivo argumentar sobre lo jurídico desde la economía, para así poder defender diferentes intereses académicos y prácticos.

El análisis económico institucionalista desarrolló un conjunto de principios de análisis económico, los cuales se fundamentan en la idea, compartida por los institucionalistas, según la cual, las instituciones son importantes para el desarrollo del análisis económico. Con todo, la economía neoinstitucionalista se separa de la economía institucionalista en tanto que aquellos suponen que el método neoclásico de análisis económico es válido; sólo critican de este modelo que sus supuestos de análisis son muy rígidos y por ello es necesario relajarlos un poco, introduciendo las instituciones, para poder comprender mejor el sistema económico y su desempeño.

En este aparte vamos a estudiar al neoinstitucionalismo como escuela de Análisis Económico del Derecho. Para ello, vamos a describir los supuestos del análisis económico neoinstitucionalista aplicables al Análisis Económico del Derecho. Posteriormente, estudiaremos los principales conceptos del análisis económico del derecho neoinstitucionalista, es decir, los derechos de propiedad, los contratos, las instituciones y los costos de transacción. Para el desarrollo de este análisis distinguiremos entre el ambiente institucional y el arreglo institucional, como modos de aproximación al análisis económico del derecho neoinstitucionalista. Finalmente, estudiaremos el concepto de eficiencia neoinstitucionalista.

4.2. SUPUESTOS APLICABLES AL ANÁLISIS ECONÓMICO Y

AL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Tal como lo expresan FURUBOTHN y RICHTER²⁹¹, los exponentes de la nueva escuela institucionalista aplican el aparato analítico de la escuela neoclásica para explicar las mejoras y las evoluciones del arreglo institucional y, entonces, expandir el espectro y el poder de predicción de la microeconomía. Los institucionalistas, por su parte, dudan de dicho poder de predicción de la economía y de la formalización y el aparato analítico del sistema formulado en la síntesis neoclásica.

Así, los neoinstitucionalistas, para ampliar el espectro de acción de las teorías neoclásicas, debieron relajar algunos supuestos y desarrollar un nuevo aparato conceptual. Vamos a explicar estos nuevos supuestos y conceptos para después entrar en la aplicación de los mismos en el Análisis Económico del Derecho.

4.2.1. INDIVIDUALISMO METODOLÓGICO

El individualismo metodológico, como dijimos en el capítulo anterior, tiene como fundamento filosófico el individualismo político, es decir, aquella interpretación según la cual los agentes decisores de una organización tienen diferentes conjuntos de preferencias, por tanto, tienen diferentes fines, gustos y pareceres, y estas preferencias, según ARROW, no son aditivas. Esto implica que, la nueva unidad de análisis económico no puede ser las entidades colectivas, entendidas como entes individuales, sino que la nueva unidad de análisis es el individuo, la persona que forma esas unidades colectivas²⁹².

291 FURUBOTHN y RICHTER, *op. cit.*, pág. 2.

292 ROEMER, A., *op. cit.*, pág. 45. Para ampliar sobre el tema del individualismo metodológico véase: ELSTER, JON. *Economics*. Buenos Aires: Gedisa S.A., 1993.

4.2.2. LA MAXIMIZACIÓN RACIONAL

Tal como lo supone la teoría neoclásica, los individuos se asumen como buscadores de su propio interés y, por ello, maximizan su utilidad sujeta a restricciones. Estas restricciones, a diferencia de las surgidas en el análisis neoclásico, se constituyen también por la estructura institucional existente²⁹³. A su vez, la teoría de la firma como independiente de la teoría del consumidor se eliminó con la introducción del individualismo, pues ahora, la firma no es una estructura independiente, sino que es una ficción que permite dar un nombre a un conjunto de contratos entre agentes individuales²⁹⁴. Por ello, el estudio de la firma se reduce al estudio de la decisión individual. Esto indica que, sea un político, un gerente, un burócrata, etcétera, éstos deciden y maximizan según sus propios fines y preferencias dentro de los límites que le impone la estructura organizacional en la que opera²⁹⁵.

4.2.3. RACIONALIDAD INDIVIDUAL LIMITADA

La primera teoría neoinstitucionalista supone que la racionalidad individual es perfecta, tal como lo propone la teoría clásica. Así, se asume que todos los agentes decisores poseen preferencias estables y consistentes, de manera que es posible concebir que los individuos se comportan de modo racional. Como dice KREPS “un individuo completamente racional tiene la habilidad de predecir todo lo que podría pasar y de evaluar y óptimamente escoger entre diferentes cursos de acción, todo en un abrir y cerrar de ojos y a ningún costo”²⁹⁶.

293 FURUBOTHN y RICHTER, *op. cit.*, pág. 3.

294 KLEIN, P., *op. cit.*, pág. 465.

295 FURUBOTHN y RICHTER, *op. cit.*, pág. 49.

296 KREPS, DAVID, *A course in microeconomic theory*. Princeton: Princeton University Press, 1990. pág. 745. Citado por: FURUBOTHN y RICHTER, *op. cit.*, pág. 3. También citado por: ROEMER, A., *op. cit.*, pág. 46.

La teoría neoinstitucionalista de vanguardia ya no obedece a este postulado neoclásico, pues es muy alejado de la realidad del comportamiento humano. Precisamente, tal como lo ha demostrado la psicología y para la nueva teoría institucionalista, los individuos tienen una capacidad limitada para recolectar, almacenar y procesar la información relevante en una transacción de mercado. Se presenta entonces, una racionalidad individual imperfecta o, como la llamó SIMON²⁹⁷ en su tiempo, una *racionalidad limitada*. NORTH, quien funda muchos de sus desarrollos en este concepto, establece que debe reconocerse que una vez se introducen los *costos de transacción* en el modelo, no se puede decir que los agentes decisores están completamente informados pues la adquisición de toda la información relevante es muy costosa.

En este sentido se aplica la afirmación de SIMON al decir que los agentes no son omniscientes y, por ello, tienen dificultades en el procesamiento de información. WILLIAMSON ha dicho, que la racionalidad limitada lleva a que todo intercambio económico no pueda ser organizado a través de contratos, pues bajo racionalidad limitada es imposible prever la complejidad de la realidad en todos los aspectos relevantes. Así, tal como dice KREPS:

“Un individuo limitadamente racional trata de maximizar pero le resulta costoso hacerlo; al ser incapaz de prever todas las contingencias, y consciente de dicha incapacidad, toma providencia *ex ante* para un tiempo *ex post* cuando haya de presentarse una contingencia imprevista. Así, la teoría de los contratos incompletos surge como un inevitable desarrollo”²⁹⁸.

297 SIMON, HERBERT. *Administrative behavior*. New York: MacMillan, 1961.

298 KREPS, *op. cit.*, pág. 745.

4.2.4. COMPORTAMIENTO OPORTUNISTA

Introducir el oportunismo al análisis económico es un aporte de OLIVER WILLIAMSON²⁹⁹. El oportunismo es definido por el autor citado como “la búsqueda del interés propio con dolo”³⁰⁰. WILLIAMSON llega a la conclusión según la cual, existe el oportunismo, debido a un estudio de contratos incompletos, pues, la racionalidad limitada, como dice KREPS, lleva necesariamente a la existencia de contratos incompletos, y éstos, siendo incompletos, podrían generar una confianza general en el sistema si los agentes fueran de fiar³⁰¹. Con todo, algunos individuos pueden ser deshonestos, en el sentido que pueden distinguir preferencias, distorsionar datos, o deliberadamente confundir asuntos³⁰². Por tanto, como es muy costoso distinguir antes de contratar agentes que se comportan de modo oportunista de agentes no-oportunistas, la formulación de contratos completos es imposible.

Este aporte de WILLIAMSON concluye sorprendentemente, para él, dado que existe racionalidad limitada y comportamiento oportunista, existen los contratos en sentido formal, de no existir estos dos problemas la contratación sería trivial, sería simple negociación sin costo³⁰³.

Dicho lo anterior, podemos introducirnos en los conceptos ontológicos, propios de la economía institucional contemporánea o neoinstitucionalista, es decir, la sociedad económica, la estructura de gobierno, las instituciones y las organizaciones.

299 WILLIAMSON, OLIVER, *Markets and Hierarchies: Analysis and antitrust implications*. New York: Free Press, 1975. Versión en español: WILLIAMSON, OLIVER E. *Mercados y jerarquías: su análisis y sus implicaciones antitrust*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1991

300 *Ibidem*.

301 ROEMER, *op. cit.*, pág. 46.

302 FURUBOTHN y RICHTER, *op. cit.*, pág. 4.

303 ROEMER, *op. cit.*, pág. 47.

4.2.5. LA SOCIEDAD ECONÓMICA

Desde un punto de vista genérico, la sociedad económica se refiere a un conjunto de agentes y reglas o normas que asignan derechos de propiedad a cada miembro de la sociedad. Estos derechos de propiedad implican el derecho a usar y ganar los beneficios de objetos físicos o intelectuales y el derecho a demandar cierto comportamiento de parte de otros individuos. La sociedad debe comprometerse con los derechos surgidos de contratos y los arreglos sociales que regulan la transferencia de derechos de propiedad³⁰⁴.

La economía neoclásica considera un cierto tipo especial de sociedad en la que la transferencia de derechos de propiedad por el uso de la fuerza es excluida³⁰⁵. Por ello, la competencia y la elección libre son dominantes en el modelo. Además, la formación de grupos de presión es excluida del análisis, de modo que, no se le presta ninguna atención a las coaliciones en las que se busca únicamente mejorar el bienestar de los miembros de dicha coalición a costa de terceros³⁰⁶. Por ejemplo, en una fusión de dos aerolíneas que afectará la competencia en el mercado pues aumentará el poder de las compañías integradas, es posible que el grupo económico interesado en la fusión use su poder para que la autoridad administrativa ordene cierta adjudicación del derecho a fusionarse a favor de este grupo y en perjuicio de la competencia y de los consumidores de tiquetes aéreos.

304 FURUBOTHN y RICHTER, *op. cit.*, pág. 5.

305 *Ibidem*.

306 *Ibidem*.

4.2.6. ESTRUCTURA GOBERNATIVA

La configuración y estructura de los derechos de propiedad existente en una economía, en cualquier momento, es determinada y garantizada por, como lo llama WILLIAMSON³⁰⁷, una estructura de gobierno o un sistema, orden u organización. El orden, estructura, sistema u organización se puede entender como un sistema de reglas e instrumentos que sirven para proteger las reglas³⁰⁸. Tal como lo menciona WEBBER, la protección del orden se puede hacer por medio de mecanismos subjetivos como la religión, o por medio de la expectativa de efectos externos, como las sanciones por incumplimiento³⁰⁹. En términos estrictos la economía neoinstitucionalista se ocupa del estudio del orden observando la expectativa por efectos externos que limita las posibilidades de acción por medio del uso de sanciones, sean éstas establecidas por medio de normas legales o normas de costumbre.

Para aclarar que se entiende por costos de transacción vamos a establecer un ejemplo. Un sujeto se acerca a una tienda de frutas y vegetales para adquirir en ella algunas naranjas. Debido a razones de salubridad la tienda impide que los consumidores toquen o palpén los productos, de tal modo que únicamente se pueden examinar con la vista. El precio es informado por la etiqueta, de modo que el contacto con los bienes sólo lo puede tener el tendero de la tienda. La naranjas son para jugo, de manera que, para realizar la operación el sujeto pide al tendero que empaque algunas naranjas maduras. El sujeto, estando en su casa se dispone a preparar su jugo y se da cuenta que el tendero le dio naranjas sin madurar. El sujeto, entonces decide disolver la operación mercantil, devolver las naranjas y repetir el precio.

307 WILLIAMSON, OLIVER E. (1979). Transaction Cost Economics: The Governance of Contractual Relations, *Journal of Law and Economics*, 233-261.

308 *Ibidem*.

309 WEBBER, *op. cit.*, pág. 33.

Vemos que la transacción, que en principio es sencilla, tiene un conjunto de acuerdos explícitos como el precio o la prohibición de salubridad de tocar la mercancía. Del mismo modo, tiene otros acuerdos implícitos como la posibilidad de disolver el contrato por la mala calidad de los bienes objeto del contrato. Dichos acuerdos tienen previstos, de forma implícita, algunos posibles hechos futuros, y las posibilidades de acción que tienen las partes en las diversas circunstancias. Las normas que indican lo que deben hacer los contratantes ante diversos acontecimientos futuros son las estructuras de gobierno.

En conclusión, podemos afirmar que las estructuras de gobierno son instituciones que determinan o dirigen el accionar deliberado de los agentes en vista de las circunstancias previstas o imprevistas que puedan acaecer en devenir de la acción.

4.2.7. LAS INSTITUCIONES

Tal como lo mencionamos atrás, las instituciones importan en tanto que son variables inherentes al sistema económico. FURUBOTHN y RICHTER definen institución como un conjunto de reglas formales o informales incluyendo sus arreglos de protección o estructuras gubernativas³¹⁰. El propósito de toda institución, dicen los autores, es dirigir el comportamiento individual en una dirección particular, de manera que, la provee de una estructura a las actividades del día a día y por ello reduce la incertidumbre³¹¹. Tal como lo dice NORTH

310 FURUBOTHN y RICHTER, *op. cit.*, pág. 6.

311 *Ibidem*.

“las instituciones... definen la estructura de los incentivos de sociedades y específicamente de economías”³¹².

Según vemos las instituciones estructuran la sociedad y las economías de las mismas. Siendo esto así, ¿cómo surgen las instituciones? Hay dos respuestas, una dice que las instituciones surgen espontáneamente, a partir de un “orden espontáneo” el cual es parte simplemente de la acción libre y la creatividad de los individuos³¹³. Por otro lado, se dice que las instituciones surgen porque pueden ser diseñadas deliberadamente. De este modo, alguna autoridad actuando “con completa racionalidad”, puede introducir una estructura institucional particular que le parezca apropiada³¹⁴.

Es necesario aclarar que las instituciones son independientes de los individuos en ellas, pues las instituciones son simplemente la estructura, sistema u orden de normas o reglas formales y no formales que constituyen la sociedad económica. Podemos citar la famosa definición de NORTH y la cita de OSTROM, según las cuales:

“[Las Instituciones]...son las reglas del juego en una sociedad, o, más formalmente,..., las restricciones derivadas por el hombre, que forman la interacción humana”³¹⁵.

“Las instituciones pueden ser definidas como conjuntos de reglas de trabajo que son usadas para determinar quién es elegible para hacer ciertas decisiones en ciertos ámbitos, qué acciones son permitidas o restringidas, qué normas de agregación serán usadas, qué procedimientos se seguirán, qué información debe o no debe ser proveída, y qué pagos serán asignados a individuos dependiendo de sus acciones...Todas las reglas contienen prescripciones que prohíben, permiten o requieren alguna acción o resultado. Las reglas de trabajo son aquellas que efectivamente se usan,

312 North, D.C. 1994, pág. 4. “Institutions...define the incentive structure of societies and specifically economies”. Citado por: FURUBOTHN y RICHTER, *op. cit.*, pág. 6.

313 Esta posición es sostenida por KARL MENGER, FREDERICK HAYEK, MURRAY ROTHBARD y JESÚS HUERTA DE SOTO, entre otros.

314 Citado por: FURUBOTHN y RICHTER, *op. cit.*, pág. 77.

315 NORTH, D., *op. cit.*, pág. 3.

monitorean y protegen cuando los individuos eligen sobre las acciones que llevarán a cabo”³¹⁶.

Por otro lado, SCMOLLER entiende una institución como

“un orden parcial de la vida en comunidad que sirve para propósitos específicos y que tiene la capacidad de llevar a cabo una evolución posterior independientemente. Ella ofrece una base firme para formar las acciones sociales durante largos períodos de tiempo”³¹⁷.

Estos modos de representar el concepto “institución”, se parecen mucho a los conceptos de institución dados por los primeros institucionalistas, pues la economía neoinstitucionalista se interesa por las instituciones sociales, económicas y políticas que regulan la vida³¹⁸, además, como dice NORTH, las instituciones reducen la incertidumbre pues proveen una estructura a la vida diaria³¹⁹.

316 OSTROM, ELINOR, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*. New York: Cambridge University Press, 1990, pág. 51. ““Institutions” can be defined as sets of working rules that are used to determine who is eligible to make decisions in some arena, what actions are allowed or constrained, what aggregation rules will be used, what procedures must be followed, what information must or must not be provided, and what payoffs will be assigned to individuals dependent on their actions...All rules contain prescriptions that forbid, permit, or require some action or outcome. Working rules are those actually used, monitored, and enforced when individuals make choices about the actions they will take”. Citado por: FURUBOTHN y RICHTER, *op. cit.*, pág. 6.

317 SCHMOLLER, GUSTAV VON, *Outline of general economic system*, vol. I, 1900, pág. 61. “...a partial order for community live which serves specific purposes and which has the capacity to undergo further evolution independently. It offers a firm basis for shaping social actions over long periods of time;” Citado por: FURUBOTHN y RICHTER, *op. cit.*, pág. 6.

318 KLEIN, *op. cit.*, pág. 457.

319 NORTH, DOUGLAS, *Institutions, Institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, pág. 3.

4.2.8. LAS ORGANIZACIONES

Las instituciones, junto a la gente que toma ventaja de ellas, son llamadas organizaciones. Como dice SCHMOLLER, las organizaciones son el lado personal de las instituciones³²⁰. Las organizaciones son formales e informales, según como se desarrolla la institución, es decir, si la institución es diseñada o es espontánea, respectivamente. La organización formal es definida por ARROW como “un grupo de individuos, buscando lograr objetivos comunes, o, ..., maximizar la función objetivo”³²¹.

Así, la economía neoinstitucionalista se ocupa también de la economía de las organizaciones. El problema de las organizaciones es el control, al cual se responde por medio del orden. El orden es construido en un modo tal que maximiza la función objetivo de la organización. Si esta interpretación es aceptada, de manera que la teoría de la organización tiene un aspecto común con la teoría de la economía neoclásica, pero siendo parte de la teoría institucionalista³²².

4.3. DERECHOS DE PROPIEDAD, CONTRATOS, INSTITUCIONES Y COSTOS DE TRANSACCIÓN

El análisis económico neoinstitucionalista se enfoca en tres conceptos centrales, derechos de propiedad, contratación y costos de transacción. No podemos empezar el análisis sin dar una idea de lo que significa cada uno de estos conceptos.

320 SCHMOLLER, *op. cit.*, pág. 61.

321 ARROW, KENNETH J., *The Limits of Organization*. New York: W. W. Norton, 1974, pág. 224.

322 FURUBOTHN y RICHTER, *op. cit.*, pág. 7.

Para los neoinstitucionalistas, los derechos de propiedad “son la institución social que define o limita el rango de privilegios garantizados a individuos sobre bienes específicos”³²³. La contratación, por otro lado, es el proceso a través del cual son establecidos, asignados o modificados los derechos de propiedad³²⁴. Esta contratación se entiende en niveles micro y macro, según si se transan derechos entre individuos o grupos, o entre grupos y políticos, burócratas y jueces, sobre el sistema legal que establece la estructura social, política y económica.

Los costos de transacción, se pueden definir como el costo asociado con la creación, mantenimiento o modificación de instituciones³²⁵. Sin embargo, consideramos que una definición más completa diría que son costos de transacción todos aquellos sacrificios económicos en que se incurre por el desarrollo de actividades, transacciones e intercambio de derechos sobre bienes, servicios o sus flujos, sea que éstos se hagan a través del mercado o por medio de la creación, modificación, cambios o eliminación de una institución u organización.

Estos costos, al igual que los contratos, presentan dos niveles: un nivel micro donde los costos son asociados con la contratación entre personas privadas, y al nivel macro, donde los costos surgen de los procesos de negociación a través de los cuales el orden institucional social es establecido³²⁶.

Podemos ver que el análisis institucionalista procede de dos modos, de un modo macro y un modo micro, según el tipo de relaciones que estemos analizando. De esta manera, hay un análisis

323 LIBECAP, GARY. *Contracting for property rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989, pág. 1.

324 MERCURO y MEDEMA, *op. cit.*, pág. 130.

325 FURUBOTHN y RICHTER, *op. cit.*, pág. 8. También en: MERCURO y MEDEMA, *op. cit.*, pág. 131.

326 *Ibidem*.

de las relaciones macro, llamadas por DAVIS y NORTH³²⁷, ambiente institucional, y hay otro tipo de análisis micro, llamado arreglo institucional, descrito por WILLIAMSON³²⁸ como las instituciones de gobierno.

El nivel macro y micro establecidos por el ambiente institucional y los arreglos institucionales son interactivos, en tanto que el ambiente institucional establece el sistema general en el que los arreglos institucionales tienen lugar. Además, los arreglos institucionales permiten detectar las dificultades y ventajas del cambio de cierto ambiente institucional³²⁹.

4.3.1. EL AMBIENTE INSTITUCIONAL

Tal como dice WILLIAMSON³³⁰, el ambiente institucional es el conjunto de las reglas políticas, sociales y legales fundamentales que establecen la base para la producción, el intercambio y la distribución. El análisis económico del derecho institucionalista se centra en el estudio de las reglas legales-formales, que determinan el ambiente institucional.

Las reglas legales-formales conforman una de las principales partes de la estructura institucional³³¹. Hay, según NORTH, tres tipos de reglas formales que gobiernan las relaciones en sociedad:

327 DAVIS, LANCE y NORTH, DOUGLAS, *Institutional change and American economic growth*. Cambridge: Cambridge University Press, 1971.

328 WILLIAMSON, OLIVER, The evolving science of organization. *Journal of institutional and theoretical economics*. No. 149. March. 1993. Citado por: MERCURO y MEDEMA, *op. cit.* pág. 132.

329 ROEMER, A., *op. cit.*, pág. 51.

330 *Ibíd.*

331 KLEIN, *op. cit.*, pág. 459.

“Primero, las reglas políticas, las cuales ‘definen la estructura jerárquica de la política, la estructura básica de decisiones y las características explícitas del control de agenda’.

Segundo, las reglas económicas, ‘definen derechos de propiedad, esto es, el conjunto de normas sobre el uso y el ingreso derivado de la propiedad y de la habilidad de alienar una ventaja o recurso’.

Finalmente, los contratos ‘contienen provisiones específicas de un acuerdo o intercambio particular’³³².

Estas reglas, tomadas en conjunto, llevan a obtener ganancias del intercambio y entonces incrementan el bienestar³³³.

Vamos a analizar los principales factores que integran el análisis neoinstitucionalista de las instituciones legales.

4.3.1.1. *Derechos de propiedad, bienes comunes y costos de transacción*

Los derechos de propiedad son importantes en el análisis económico debido a sus facetas de operación. Primero, los derechos de propiedad (en adelante DP) determinan el dominio, los beneficios y los costos del uso de un recurso y de la asignación del mismo a individuos. Por lo anterior, los DP estructuran incentivos de acción que determinan el comportamiento y desempeño económico de los agentes³³⁴. Por otro lado, los DP definen el conjunto de actores en un sistema económico por la asignación a individuos de la autoridad de decidir cómo ciertos recursos deben ser usados³³⁵. Estas características de

332 NORTH, DOUGLASS C., *Institutions... Op. cit.*, 1990, pág. 47. MERCURO y MEDEMA, *op. cit.*, págs. 132 y sigs.

333 *Ibidem*.

334 *Ibidem*.

335 MERCURO y MEDEMA, *op. cit.*, pág. 132. DE ALESSI, LOUIS y STAFF, ROBERT. Property rights and choice. En: *Law and economics*. Editado por: NICHOLAS MERCURO. Boston: Kluwer, 1989, pág. 179.

los derechos de propiedad determinan las funciones económicas de los mismos, es decir (1) determinar la distribución de la riqueza y (2) la distribución del poder en el sistema económico.

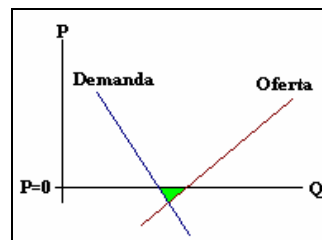
Como vemos, dada una estructura de los derechos de propiedad llegaremos a una asignación de riqueza y poder, de modo que toda variación en el sistema o asignación de los DP genera variaciones en la distribución de la riqueza y en el poder. Esto implica que, diferentes asignaciones de los DP generan diferentes conjuntos de oportunidades entre individuos (recordar el institucionalismo) y diferentes asignaciones de costos y beneficios entre agentes las cuales afectan las elecciones dada la respectiva estructura de incentivos y restricciones. En términos de FURUBOTHN y RICHTER:

“la estructura particular de los derechos de propiedad en una economía, influye sobre la asignación y utilización de los bienes económicos en formas específicas y predecibles”³³⁶.

El mejor modo de analizar estas afirmaciones es a través del análisis de los bienes comunales, donde no hay asignados DP. En los bienes comunes, excepto en aquellos en que la oferta excede a la demanda a precio 0³³⁷, la ausencia de derechos de propiedad

336 FURUBOTHN y RICHTER, *op. cit.*, pág. 48.

337 Esto se representa así:



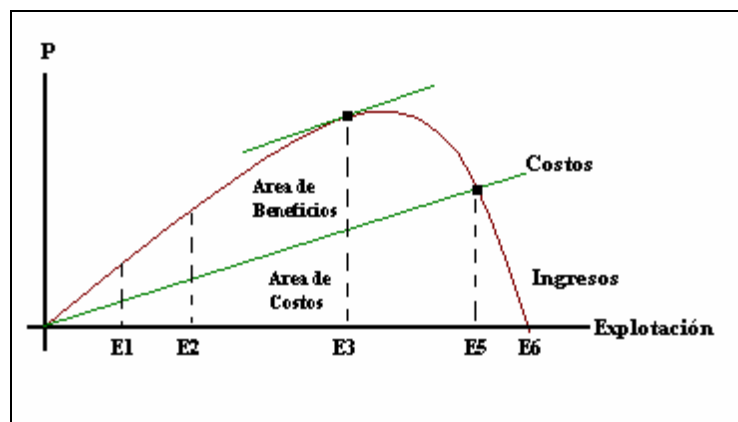
Como vemos al precio, P, igual a 0, $P=0$, la oferta excede la demanda. Por esto, no hay un aprovechamiento del bien común, pues la disposición de los consumidores a pagar por el bien es nula. De manera que incluso cuando el precio de acceso al bien es 0, la gente no lo usa y se genera un exceso de oferta.

genera pérdidas por explotación común las cuales llevan a una sobreexplotación del recurso común³³⁸.

Estudiemos un ejemplo dado en la economía de la explotación de los recursos naturales. Supongamos que existe un río alrededor del cual viven muchas familias de bajos recursos. En el río hay diferentes clases de peses. Ahora bien, los derechos de pesca no están asignados, así que cualquier pescador tiene la capacidad de tirar sus redes al río y pescar. De este modo si sólo hay un pescador puede explotar el recurso pesquero sin ningún problema obteniendo beneficios por la explotación. Con todo, como no hay mecanismos de exclusión o derechos de propiedad sobre la explotación, el segundo pescador se verá incentivado a pescar en el río, aumentando la explotación del recurso, e incluso, posiblemente, aumentando las ganancias sociales. Así, se puede ir uniendo un tercer pescador, pescador el cual, también se verá incentivado a explotar el recurso, de manera tal que, por la sobreexplotación y la falta de asignación de derechos de propiedad, los beneficios empiecen a reducir. Esta situación se presentará sucesivamente hasta el punto en que la explotación del recurso no genere beneficios a ninguno y por lo mismo no presente beneficios a la sociedad. Este ejemplo lo podemos analizar con el gráfico 16.

338 DE ALESSI, LOUIS. The economics of property rights: A review of evidence. *Research in law and economics*, No. 2, 1980, pág. 5.

GRÁFICO 16



Podemos ver que los ingresos son una función inicialmente creciente con respecto a P , y luego decreciente. Esto es, porque el nivel de explotación determina el ingreso, y, por su parte, el nivel de explotación lo determina la cantidad de personas que se aprovechan de él. Así, si inicialmente sólo se explota el recurso hasta $E1$ ó $E2$, el recurso se explota ineficientemente, pues no se maximizan los beneficios. Sólo en el nivel de explotación $E3$ se maximizan los beneficios, de manera que cualquier explotación mayor a la indicada por este punto el recurso se explota ineficientemente. Dado que el bien es comunal, no hay un mecanismo jurídico que permita que la explotación llegue sólo hasta $E3$. Así, debido a que cualquier persona está incentivada a acceder y explotar el recurso, el límite de explotación se determina por $E5$, cuando los ingresos son iguales a los costos, haciendo que la explotación sea dirigida a la simple subsistencia. Con todo, no se descarta que pueda haber una explotación del recurso superior a $E5$, hasta $E6$, donde el recurso se extingue, y por tanto, los ingresos derivados de éste son iguales a cero y los costos son elevados³³⁹.

Este análisis de la ineficiencia de los bienes comunes, nos lleva a desarrollar dos preguntas, la primera, ¿por qué se observan recursos

339 Un estudio profundo del tema en: BAUMOL y OATES, *op. cit.*, pág. 135.

comunales? La respuesta es sencilla, pero surge de una explicación institucionalista. No podemos observar DP debidamente especificados y totalmente definidos, porque existen costos por el establecimiento y protección de los DP. Estos costos de transacción son llamados costos de definición de derechos de propiedad. Entonces, los individuos o grupos de individuos asumirán estos costos, cuando los beneficios esperados por la definición o el cambio de los derechos de propiedad sean mayores que los costos de definición³⁴⁰. Así, aún cuando los bienes comunales generan pérdidas sociales por la falta de definición de los derechos de propiedad, es mayor el costo de definir dichos derechos, que el costo por la ausencia de definición. Si no existieran costos de transacción por definición, la negociación de los mismos sería un hecho, debido a que los agentes maximizarían los beneficios de la explotación. La conclusión que deja este análisis, según MERCURO y MEDEMA, es que altos costos de transacción pueden impedir la realización de las ganancias que la definición de los DP privados conlleva.

Ahora bien, siguiendo las enseñanzas de LANDES y BECKER³⁴¹, los individuos derivan la utilidad de los bienes no a partir del bien en sí, sino de un conjunto de atributos presentes en dicho bien o de las diferentes actividades que se prestan con un servicio. Esta reflexión es patente en nuestra legislación referente al derecho civil de los bienes desde la publicación del Código Civil. Como sabemos, los derechos de propiedad sobre un objeto desde la tradición romano-germánica, conceden al titular tres derechos subsidiarios, éstos son el derecho de uso o *ius utendi*, derecho al fruto o *ius fruendi* y el derecho de disposición o *ius abutendi*. El primero, concede al titular el derecho al uso del bien, su uso es, según la legislación, el uso

340 MERCURO y MEDEMA, *op. cit.*, pág. 134.

341 BECKER, GARY, A theory of the allocation of time. *Economic Journal*. No. 75. September. 1965. LANCASTER, KEVIN J. A new approach to consumer theory. *Journal of political economy*. No. 74. Abril, 1966. Citados por: MERCURO y MEDEMA, *op. cit.*, pág. 134.

connatural con las funciones del objeto. El derecho al fruto, consiste en la posibilidad de percibir rentas de todo tipo provenientes del objeto. Y el derecho de disposición, permite al titular el manejo y enajenación de la cosa. Dado que estos tres derechos le dan valor económico al bien, es posible, económicamente, determinar una función matemática de asignación de valor del derecho de propiedad sobre un bien según los flujos del mismo. Esta función es útil, en tanto que permite ver que los derechos de propiedad no son solamente un poder jurídico, ellos también indican un poder económico pues reflejan el precio de un activo y los flujos de servicios de dicho activo en el mercado³⁴².

Siguiendo a THOUMI, una posible función para determinar este valor es la siguiente:

$$VP = \int_0^{\infty} [f(t)p(t) - g(t)h(t)] e^{-r(t)} dt$$

Donde VP es el valor presente del bien, t es el tiempo, f(t) es el flujo de servicios generados por el activo en función del tiempo, p(t) es el precio de dicho flujo, g(t) son los insumos asociados con la producción de f(t), h(t) son los precios de tales insumos, y r(t) es la tasa de descuento. Esta función, según THOUMI, nos permite ver los tres componentes del derecho de propiedad, en donde el *ius utendi* se refleja en el f(t), el derecho al fruto es derecho a recibir un flujo de ingresos dado por f(t)*p(t) o g(h)*h(t) y el derecho de disposición es el derecho a enajenar el activo obteniendo VP en una venta, o perdiendo VP en un donación, etc. Con este último punto no estamos de acuerdo, pues muestra desconocimiento del sistema legal colombiano, el cual permite, a una persona transmitir, separadamente el derecho al uso, el derecho al fruto y el derecho de disposición, de

342 THOUMI, FRANCISCO, Derechos de propiedad en Colombia: debilidad, ilegitimidad y algunas implicaciones económicas. *Cuadernos ocasionales*. Bogotá: Universidad de los Andes, 1996.

manera que el valor de cada uno de ellos es independiente y, por tanto, el poder de disposición también debe incluirse en la función³⁴³. Así, creemos que la función podría plantearse de la siguiente manera:

$$VP = \int_0^{\infty} [n(t) + f(t)p(t) - g(t)h(t)] e^{-rt} dt$$

Donde agregamos la variable $n(t)$ que determina el costo o beneficio en que se recae por tener o no tener la nuda propiedad o derecho de disposición separado de los demás derechos. Entonces, podremos determinar el valor del simple uso, el valor del uso y fruto, el valor del uso y la disposición y demás combinaciones posibles. Esto nos permite aproximarnos más a la realidad económica de los derechos de propiedad en Colombia.

La utilidad de plantear esta función es comparativa, pues permitirá ver cuál es el efecto de las políticas públicas sobre los derechos de propiedad, sea que éstas recaigan sobre $f(t)$, $p(t)$, $h(t)$, $g(t)$ o $n(t)$. A su vez, nos permite ver una de las más grandes definiciones dentro de la economía institucional, los costos de transacción. Por ejemplo, en $g(h)$ es posible incluir los servicios de un abogado el cual se encarga del desarrollo de los trámites de transmisión jurídica del bien y el cual cobra, una cantidad x por unidad de tiempo, $h(t)$. Esto nos permite analizar mejor el valor del activo y detenernos en el real valor e incidencia de la estructura jurídica de la propiedad incluyendo los costos de transacción.

Una conclusión preliminar que podemos derivar de este análisis es que el intercambio no es simplemente la transferencia de bienes o servicios, sino que el intercambio es la transferencia de atributos y actividades³⁴⁴. Además, el intercambio nos indica que la función de

343 Código Civil y legislación complementaria. Artículos 823 y sigs. Bogotá: Editorial Legis, 2002.

344 MERCURO y MEDEMA, *op. cit.*, pág. 132.

valor presente del bien lleva incluidos algunos de los costos de transacción, pero no agota todos los costos de transacción.

Ahora, nos enfocaremos en los *costos de transacción* para ver varios elementos presentes en ellos y como ellos permiten fortalecer el estudio de los derechos de propiedad. Siguiendo a COASE³⁴⁵,

“en orden a realizar una transacción de mercado, es necesario descubrir quién es quien quiere hacer el negocio, para así informar que un agente quiere hacer una transacción con otro agente, para realizar las negociaciones pertinentes que lleven a la transacción, para realizar el contrato, para saber cómo inspeccionar el contrato y saber si éste se ha cumplido a cabalidad o no, y etcétera”.

Este aparte, del texto citado nos permite identificar los tipos de costos de transacción presentes en toda transacción de mercado, a saber:

- El primero es el costo de información y búsqueda.
- El segundo es el costo de negociación y decisión.
- Y el tercero es el costo de supervisión y garantía.

Pero los derechos de propiedad son anteriores a una transacción de mercado pues los derechos de propiedad definen la capacidad o el poder de negociación que sobre un objeto tiene una persona³⁴⁶. Por ello, los derechos de propiedad generan costos sociales en su legalidad. Esto es así pues, la legalidad de los derechos de propiedad en un sistema político permite a dicho sistema disminuir los costos de información y búsqueda de aquellos que desean invertir en dicho estado, además, su definición en muchos aspectos permite internalizar los efectos de algunas externalidades por la falta de definición de derechos de propiedad.

345 COASE, RONALD, *The problem of...* *Op. cit.*, pág. 15.

346 FURUBOTHN y RICHTER, *Op. cit.*, pág. 75.

En el primer caso, un compromiso creíble del Estado que se dirige a respetar los derechos de propiedad privada permiten el aumento en el desarrollo económico vía crecimiento de la inversión extranjera pues “entre mayor sea la credibilidad en el derecho a la propiedad, mayor será la inversión en búsqueda del incremento de la productividad de la propiedad”³⁴⁷.

En el segundo caso, los derechos de propiedad permitirían la reducción de los costos sociales que genera una externalidad de mercado. Así, el definir derechos de propiedad sobre lo que constituye la externalidad permitirá generar una señal de mercado tal, que los agentes puedan internalizar los costos del desarrollo de la actividad que genera el daño social. Ejemplos de estos casos los podemos ver primero en la expropiación sin indemnización de bienes de los particulares por parte del Estado y segundo en la política económica ambiental. En el primer ejemplo podemos ver que los derechos de propiedad no están bien definidos pues, si el Estado puede expropiar los bienes de los particulares y a cambio no entregar nada, no se puede decir que exista un derecho de propiedad ya que el Estado, en cualquier momento, podrá quitarle el bien a su titular. Esto genera inseguridad jurídica en el exterior respecto de la política del Estado pues nadie querrá invertir en Colombia dado que hay la posibilidad de una expropiación y esto muestra un compromiso muy insipiente en la protección a los derechos de propiedad.

En política ambiental, por su parte, la definición del derecho a contaminar o a un ambiente sano, preemitiría a firmas contaminantes y a particulares la transacción de la contaminación e incluso permitiría que ONGs dedicadas a buscar la protección del medio ambiente, pudieran entrar al mercado a negociar dichos derechos.

Otro problema surge de estas reflexiones sobre los derechos de propiedad. Sabemos que hay problemas de medición de los flujos

347 Citado por: FURUBOTHN y RICHTER, *op. cit.*, pág. 80.

de cada bien y servicio, y sabemos, siguiendo a WILLIAMSON, que los individuos están incentivados a actuar de modo oportunista. Estos dos factores nos llevan a plantearnos el problema de la “protección” de los derechos de propiedad que determinan el ambiente institucional. Partamos de una premisa, la protección de los derechos de propiedad es costosa. Por ello, deben ser comparados los costos de la protección con los beneficios derivados de ella. El beneficio directo de la protección a estos derechos es la reducción de la incertidumbre en las transacciones. El costo, por su parte, se compone del costo de detección de la violación, de la medida de la violación y de la imposición de sanciones a los que infringen las normas. El efecto de estos costos es que los individuos desarrollaran contratos que traten de prever las contingencias posibles, de manera tal que, los incentivos adversos de cumplir se minimicen³⁴⁸.

Estos incentivos adversos llevan a cabo varios efectos: primero permiten que las partes desarrollen contratos que se protejan a sí mismos, por medio de cláusulas penales u otros mecanismos; pero sabemos que debido a la racionalidad limitada es imposible tener en cuenta todas las contingencias lo cual hace poco efectivo el mecanismo de protección propia. Segundo, debido a la dificultad de la protección propia, la sociedad debe, dicen los institucionalistas, desarrollar instituciones que protejan los derechos. Así, el arbitramento y los otros mecanismos de solución de conflictos son ejemplos de instituciones creadas por los particulares para proteger los contratos o los derechos de propiedad.

Entonces, las instituciones permiten (1) el desarrollo de derechos de propiedad que estructuran la riqueza y el poder de una sociedad y (2) son un catalizador del intercambio, las transacciones y la protección a dichas asignaciones de derechos. Por ello, las instituciones se crean como un mecanismo que facilita el intercambio, disminuyendo los costos de transacción del mismo. En este aparato

348 MERCURO y MEDEMA, *op. cit.* pág. 135.

teórico aparece el Estado. Según NORTH, éste es el “determinante crucial del desempeño económico”³⁴⁹. Éste tiene una ventaja comparativa frente a los particulares en el desarrollo de actividades de protección de los derechos que facilitan el intercambio. Esto es porque “las economías de escala asociadas con el diseño de un sistema de leyes, justicia y defensa son la fuente primaria de la civilización”³⁵⁰. Así, la existencia del Estado permite que las normas formales se introduzcan al problema de maximización de los individuos como restricciones junto con las normas no formales y, debido a los costos de transacción que se disminuyen, se permite el desarrollo de contratos más complejos.

4.3.2. LOS ARREGLOS INSTITUCIONALES

Volviendo a la definición de WILLIAMSON³⁵¹, un arreglo institucional es un acuerdo entre unidades económicas que gobierna el modo en que dichas unidades cooperan y/o compiten. Éste provee de una estructura en la que los miembros pueden cooperar o provee un mecanismo que pueda efectuar un cambio en las leyes o en los DP.

Tal como hemos visto, la economía institucional muestra que las instituciones tienen la capacidad de disminuir las fricciones presentes en toda transacción. Con todo, la creación de instituciones formales tiene un alto costo y, como se vio respecto de la definición de derechos de propiedad, algunas veces los costos marginales superan a los beneficios marginales. En esta situación, la institución formal

349 NORTH, DOUGLAS, *Institutions and.... op. cit.*, pág. 245. Citado por: MERCURO y MEDEMA, *op. cit.* pág. 136.

350 NORTH, DOUGLAS. *Structure and change in economic history*. New York: Northon, 1981. Citado por: MERCURO y MEDEMA, *op. cit.*, pág. 132. Una opinión contraria se encuentra en: ROTHBARD, MURRAY. *Man, Economy and State*. En: <http://www.mises.org>. También en: *The anatomy of the state*.

351 WILLIAMSON, OLIVER, *The evolving ... Op. cit.*, pág. 53. Citado por: MERCURO y MEDEMA, *op. cit.*, pág. 132.

necesaria para el desarrollo eficiente de la actividad no está presente. Entonces, es necesario que, en aras de desarrollar actividades que permitan el desarrollo de riqueza, cada parte en el contrato se comprometa en el desarrollo del cumplimiento del contrato. Así, los arreglos institucionales, son los mecanismos que desarrollan las partes que definen la estructura de gobierno de los contratos. Tal como lo dice KLEIN, esta parte de la economía institucional se enfoca en los acuerdos hechos por individuos específicos para gobernar sus propias relaciones.

Los contratos, son los “vehículos” que facilitan el intercambio, que se puede llevar a cabo desde un simple intercambio de mercado al intercambio interno de una firma integrada verticalmente y los diferentes mecanismos de intercambio que requieren diferentes formas contractuales³⁵². Esto nos lleva al entender el principal objetivo del análisis del acuerdo institucional, esto es, el desarrollo de estudios sobre las diferentes formas contractuales que dominan a otras en un contexto dado.

Tal como lo señala MERCURO, la forma contractual es una función de varios factores, incluyendo costos de transacción, riesgo, acuerdos legales y políticos, costumbres sociales y los atributos técnicos del objeto del contrato³⁵³. Aproximarse a los contratos se hace en el análisis económico del derecho neoinstitucionalista de dos modos, a través del estudio de DP y la agencia, o a través del estudio de los costos de transacción. Para desarrollar más a fondo la aproximación de los DP, la agencia y los costos de transacción, vamos a estudiar por separado sus principales implicaciones.

352 MERCURO y MEDEMA, *op. cit.*, pág. 142.

353 KLEIN, *op. cit.*, pág. 463.

4.3.2.1. *Los arreglos institucionales desde el punto de vista de los derechos de propiedad y la agencia*

La primera pregunta a resolver es la siguiente: ¿por qué los DP son una parte del análisis de los acuerdos o arreglos institucionales? La respuesta es sencilla. Esto es debido a que los contratos son mecanismos de transmisión de derechos de propiedad, por ello, analizar los derechos de propiedad que surgen de un contrato se constituye en un modo de estudiar las instituciones creadas de acuerdos jurídicamente válidos particulares. Con todo, es necesario aclarar un elemento: en términos jurídicos, de todo contrato, surgen derechos personales u obligaciones. Los derechos personales que surgen de dichas relaciones son llamados por la economía institucional derechos de propiedad relativos³⁵⁴, por ello, debe suponerse que toda obligación que surge de un contrato es un derecho de propiedad para la parte acreedora de la relación jurídica establecida con el contrato. Esto facilita el análisis, pues la relación económica del contrato, permite ver una limitación de las oportunidades de un agente a cambio de otra oportunidad de acción y/o viceversa, según la modalidad del contrato.

Las cláusulas presentes en los contratos pueden determinar plazos, calidad, medios de distribución, etc. según el objeto del contrato. Estas cláusulas, reflejan que hay ciertos DP centrales en el desarrollo de diferentes relaciones contractuales y son además, parámetros fundamentales en desarrollo de procesos contractuales de largo plazo, con los cuales se establecen incentivos y restricciones para contratar por medio de la forma contractual ya usada. Así, como dice MERCURO *et al.*, los contratos o las formas contractuales que observamos en las relaciones de mercado y no mercado, reflejan los diferentes conjuntos de oportunidades e incentivos envueltos en la estructura de derechos de propiedad existentes³⁵⁵.

354 Véase: FURUBOTHN y RICHTER, *op. cit.*, págs. 70 y sigs.

355 MERCURO y MEDEMA, *op. cit.*, pág. 142.

Tal como lo resaltó Coase³⁵⁶, la firma es la estructura de contratación más frecuente en nuestra época, por ello, el desarrollo de contratos funciona alrededor de un nuevo concepto de firma. Este nuevo concepto indica que la firma no es un ente independiente e individual, sino que es un plexo de relaciones económico-jurídicas construida por medio de contratos. La teoría neoclásica de la firma se enfocó en el desarrollo de una teoría de la producción. Cuando nos referimos a una firma en la teoría ortodoxa, simplemente vemos una función de producción sujeta a restricciones³⁵⁷, la cual se entiende como un actor individual, que se enfrenta a un conjunto de decisiones sobre su producción, en términos de los factores utilizados, y etc. El tamaño de la firma depende, por su parte, de la función de costos, sean costos de escala, firmas subaditivas, etc.³⁵⁸. Esta aproximación no tiene en cuenta las relaciones que surgen de las prácticas en el mundo real, como la integración a través de fusiones o escisiones, tampoco explica la diversificación de productos o los contratos a largo plazo, en fin, olvida el plexo de relaciones que, en la práctica, desarrolla una firma³⁵⁹.

Como lo vimos, la aproximación institucionalista a la firma inicia con el artículo de Coase citado. Éste explicó que las firmas no son sólo ni pueden ser representadas como simples funciones de producción, por el contrario ellas son organizaciones que, aunque dependen de su producción, también se ven afectadas por los costos de transacción que la actividad envuelve. La decisión de tomar una determinada organización al interior de la firma no responde a la simple maximización del sistema de mercado, sino que depende de los costos de intercambio internos o externos, que la organización

356 Véase: COASE, RONALD. *The nature of the firm*, *op. cit.*, pág. 10.

357 Véase: MAS COLELL, *et al.*, *op. cit.*, Capítulo 4 y sigs. VARIAN, H. *Análisis...* *Op. cit.* Capítulo 1 y sigs.

358 Véase: SPULBER, D., *op. cit.* Capítulo 3 y sigs.

359 KLEIN, *op. cit.*, pág. 464.

impone³⁶⁰. En este sentido las formas de organización imponen o determinan la estructura de la firma. Estas formas de organización se reflejan en el derecho de los contratos de sociedad, los cuales, dependiendo de los objetivos de cada organización generarán unos costos internos diferentes. Así, las diferentes formas de organización establecidas en el derecho de sociedades permiten disminuir los costos de monitoreo pues evitan el comportamiento oportunista. Por ejemplo, en la forma societaria llamada, sociedades en comandita, debido a la posibilidad de mantener varios socios gestores o administradores, el costo de monitoreo se reduce debido a que hay un control entre socios gestores —el cual no implica que exista cooperación oportunista en contra de los demás socios— y, además, los administradores son dueños, eliminando el costo de monitoreo de los resultados de un mandatario.

Tal como lo dice COASE, las organizaciones presentan otros costos de transacción diferentes a los del mercado, vistos en el ambiente institucional. Al interior de las organizaciones los costos de transacción son³⁶¹:

- Costos de flujos de información.
- Costos de incentivo.
- Costos de monitoreo.
- Costos de evaluación del desempeño.

Dependiendo del modo según el cual se determinen los costos relativos de transacción en diferentes acuerdos institucionales se presentará una diferente naturaleza de la firma.

360 *Ibidem*.

361 Véase: COASE, RONALD, *The nature of the firm*, *op. cit.*

El principal problema que ha detectado la economía neoinstitucionalista en la organización de la firma, es dado por la relación principal-agente³⁶². La agencia, así llamada por los economistas, es establecida como una relación en la que un sujeto llamado “principal” delega algunos derechos en cabeza de otro sujeto llamado “agente”, por intermedio de un contrato cuyo objeto es representar los intereses del principal a cambio de un pago de cualquier naturaleza³⁶³. El problema se refleja en que, dado el individualismo y el oportunismo, los intereses del principal no siempre se reflejan en el agente. De esta manera, el principal, al elegir a su agente, tiene información asimétrica que le impide conocer los intereses del agente. Esto desarrolla entonces, lo que los economistas conocen como riesgo moral (*moral hazard*), el cual es mayor a mayor diferencia de intereses tengan el principal y el agente. Conocer esta distancia entre intereses es un problema del principal, el cual se reduce al monitorear la acción del agente, monitoreo que tiene un costo³⁶⁴.

El derecho y en general las instituciones, pueden disminuir los costos de monitoreo a través del desarrollo de mecanismos para la definición, *ex ante*, de la “probidad moral” del agente. El mejor modo de monitorear la acción del agente es observando la señal llamada esfuerzo. Esto, debido a que el producto depende de otros factores independientes, pero directamente correlacionados con el esfuerzo. Así mismo, el mejor incentivo para, *ex ante*, evitar los problemas de riesgo moral, es determinar un mecanismo que balancee el incentivo del principal de dar incentivos al agente para

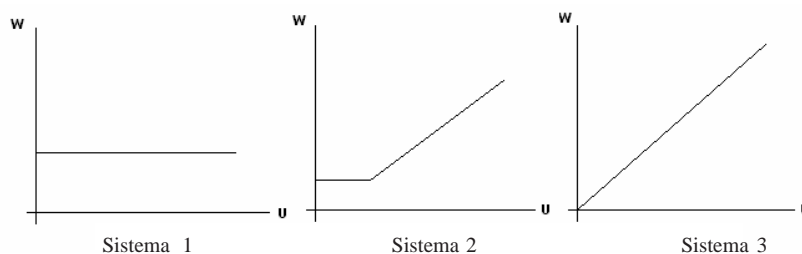
362 El problema del principal y el agente ha llevado incluso al desarrollo de la teoría de los incentivos, estudiada por LAFFONT, TIROLE y MARTIMOR. Al respecto ver: LAFFONT, JEAN-JACQUES y MARTIMORT, DAVID. *The theory of incentives: The principal agent model*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2002.

363 EGGERSTON, THRAIN. *Economic behavior and institutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, pág. 40.

364 Véase: JENSEN, MICHAEL y MECKLING, WILLIAM. The theory of the firm. *Journal of Financial Economics*, No. 3, 1976.

que incremente su esfuerzo y el deseo de algente de ser asegurado de las fluctuaciones en la compensación que depende de los factores fuera de su control.

Por ejemplo, FURUBOTHN y RICHTER muestran que es posible determinar *ex ante* un mecanismo que puede constituirse en un incentivo *ex post*, que permita definir cuáles son los intereses del agente o incentivar la acción del agente, con la definición de la remuneración. Tres sistemas se pueden presentar para ello. Primero, un salario fijo, que no tiene en cuenta el producto ni la utilidad. Segundo, un salario fijo hasta cierto nivel de utilidad, pero variable positivamente según los niveles siguientes de utilidad. Y tercero, un salario totalmente dependiente de la utilidad. Gráficamente:



Es claro que el mejor sistema es el que depende de los intereses del agente. Si el agente escoge el primer sistema o se le asigna el primer sistema, no se interesará por producir más. Si el agente escoge el segundo sistema o se le asigna el segundo sistema, supone que puede ganar un mayor salario según su intervención y productividad. Por último, en el tercer sistema, el agente supondrá que su intervención en la productividad es tal que puede determinar con su trabajo la utilidad de la firma.

En lo que respecta a los costos de transacción como mecanismo para estudiar los acuerdos institucionales, se ha desarrollado toda una teoría de las economías de los costos de transacción. Esta

aproximación fue desarrollada por WILLIAMSON³⁶⁵, quien considera que la más simple transacción requiere de mecanismos para proteger a las partes de los riesgos asociados con el intercambio. La estructura de gobierno asociada, depende de las características de la transacción, de manera que, como dice KLEIN, la economía de los costos de transacción requiere de un análisis del cómo las diferentes estructuras de gobierno actúan en diferentes circunstancias³⁶⁶.

Esta aproximación empieza con la afirmación de COMMONS, según la cual, la principal unidad de análisis es la transacción particular³⁶⁷. Además de este supuesto, debido a la racionalidad limitada de los agentes y el oportunismo, todo contrato es incompleto, por ello, es necesario dotarlo de mecanismos *ex post*, para la autocomposición de los conflictos.

Los contratos incompletos son aquellos que no especifican un curso de acción dado, una decisión, o los términos de intercambio, contingentes en cada estado de las cosas³⁶⁸. El objetivo del derecho de los contratos es disminuir al máximo estas contingencias, y el objetivo de los contratos es planear las circunstancias particulares que rodean toda transacción entre individuos, para así evitar nuevas contingencias futuras no planeadas ni previstas en el derecho.

Las cláusulas contractuales que se presentan en los diferentes tipos de contratos se refieren a cuatro elementos comunes: (1) el grado de especificidad de los activos necesarios para desarrollar el contrato; (2) la incertidumbre sobre el futuro; (3) la complejidad del acuerdo de la transacción; y (4) la frecuencia con que ocurre la transacción.

365 WILLIAMSON, OLIVER, *La economía de los costos de transacción*. México: FCE, 1999.

366 KLEIN, *op. cit.*, pág. 466.

367 Véase: COMMONS, *Institutional economics*. New York, McMillan, 1934.

368 KLEIN, *op. cit.*, pág. 466.

4.4. LA EFICIENCIA

Para concluir este aparte, debemos estudiar el problema de la eficiencia en la teoría neoinstitucionalista. Quizás el problema de la eficiencia institucionalista es uno de los más sencillos de la teoría del AED³⁶⁹. ROEMER explica de manera breve el problema diciendo que el objetivo es incluir en el modelo todas las restricciones que deben enfrentar quienes tratan de maximizar los beneficios³⁷⁰. Por ello, dado un conjunto de organizaciones, la solución resultante del problema económico es eficiente si en ella se maximiza el objetivo sujeto a estas restricciones. Es un concepto de eficiencia tomado del modelo neoclásico.

369 ROEMER, *op. cit.*, pág. 52.

370 *Ibidem*.

5. LA ESCUELA DE LA ELECCIÓN PÚBLICA

5.1. INTRODUCCIÓN

La elección pública o la economía de la política, es una disciplina de análisis económico nueva, la cual se dedica, a la interrelación entre la “ciencia” económica y las normas de la “política”. Esta forma de aproximarse a la normatividad de la política, o a la política misma, surge con los artículos del siempre citado pero pocas veces reconocido, DUNCAN BLACK³⁷¹. Esta disciplina surgió como el análisis de las decisiones de no-mercado, y su objetivo fue, y aún es, entender y predecir el comportamiento de los mercados políticos, por medio del uso de las técnicas de análisis de la economía³⁷². Así, la teoría trata a los agentes económicos decisores como participantes de un sistema complejo de interacciones que genera un resultado político³⁷³. Es pues un mecanismo de análisis económico de la política.

El fundamento teórico de la escuela, es dado por los postulados de ADAM SMITH, respecto de la naturaleza humana y del funcionamiento de las instituciones económicas. Después de BLACK, la teoría de la escuela de la elección pública empezó con su desarrollo literario. Surge posteriormente, el trabajo de KENNETH ARROW sobre *elección social y valores individuales*³⁷⁴, y posteriormente la investigación de ANTHONY DOWNS donde se desarrolla una primera

371 Los artículos con los que BLACK, inició los estudios económicos de la política fueron: BLACK, DUNCAN. On the rationales of group decision making. *Journal of Political Economy*. No. 56. February 1948; y BLACK, DUNCAN. The decisions of a committee using special majority. *Econométrica*. No. 16, July 1948.

372 *Introduction to the Handbook on Public Choice Theory*, vol. I, editado por CHARLES K. ROWLEY, Elgar Publishing co., Brookfiel, Vermont, USA, 1993.

373 MERCURO y MEDEMA, *op. cit.*, pág. 84.

374 ARROW, KENNETH, *Social choice and individual values*. Wiley and Sons, New York, 1951.

*teoría económica de la democracia*³⁷⁵. También el afamado institucionalista MANCUR OLSEN, escribe su artículo sobre *lógica de la acción colectiva*, aportando otro grano a la teoría de la elección pública. Con todo, sólo hasta que se publicó el trabajo de JAMES BUCHANAN y GORDON TULLOCK, llamado *El cálculo del consenso*, comienza estrictamente una escuela de análisis económico de las decisiones de no-mercado³⁷⁶.

¿Por qué se dice que sólo con BUCHANAN y TULLOCK surge realmente una escuela de la elección pública? La razón es sencilla. Los trabajos de ARROW y DOWNS, se quedaron allí, no tuvieron desarrollos posteriores profundos. En contraste, de los trabajos de BUCHANAN y TULLOCK se siguió un conjunto inmenso de artículos y libros, sobre el tema. Además, fueron ellos los que desarrollaron toda una infraestructura de análisis económico de la política, organizaron el primer congreso de la materia, y además, fundaron la primera revista especializada³⁷⁷. Así pues, con la primera revista³⁷⁸ y la primera sociedad de estudios en elección pública, fundadas ambas por TULLOCK y BUCHANAN, se puede decir que, formalmente, existe esta escuela.

Con todo, teniendo en cuenta la definición de elección pública, es sencillo rastrear un conjunto de perspectivas alternativas a la de BUCHANAN y TULLOCK que surgen una vez dichos autores dan vida a esta escuela. Podemos identificar tres perspectivas de la escuela de

375 DOWNS, ANTHONY, *Economic theory of democracy*. Harper, New York, 1957.

376 BUCHANAN, JAMES y TULLOCK, GORDON, *The calculus of consent*. Ann Arbor, University of Michigan Press, 1962. Hay versión en español: *El cálculo del consenso*. Barcelona, Planeta-Agostini, 1993.

377 VÉASE: MULLER, DENNIS, The “Virginia School” and Public Choice. En: *The public choice approach to politics*. Editado por: MULLER, DENNIS, Elgar Publishing Co, Hants, England, 1993.

378 La revista inicialmente se denominó *Papers in non-market decision making*. Unos años después cambió su nombre por *Public Choice Journal*.

la elección pública: las cuales surgen de la escuela de Rochester, la escuela de Chicago y la escuela de Virginia. Vamos a hacer un corto repaso por cada una de ellas para entender los posibles modos de aproximarse a la política.

La *escuela de Rochester* es liderada por WILLIAM RICKER, quien apareció en la esfera de los estudios de la elección pública con un trabajo crítico sobre el artículo de DOWNS, respecto de la *teoría económica de la democracia*³⁷⁹. RICKER ignora el uso de la teoría del comportamiento, optando por la teoría de la elección racional, de modo que se planta por fuera de la ciencia política convencional. Así, teniendo en cuenta la herramienta teórica formulada por la teoría de juegos, considera que es parte integrante de la teoría de la elección pública el estudio de los conflictos y de la resolución de conflictos. Así, en escrito conjunto en 1973, RICKER define la política como “el misterio de cómo la elección social evoluciona fuera de las preferencias individuales”³⁸⁰. En este libro los autores demuestran cómo puede ser resuelto dicho misterio, a través de una ciencia política matemática complementada por el método estadístico³⁸¹.

Por otro lado, *la escuela de Chicago* funda un programa llamado, *Chicago Political economy research program*. Éste surge con el artículo de STIGLER³⁸², el cual es soportado por los estudios ya citados de BECKER, PELTZMAN, LANDES y POSNER. Este estudio de STIGLER, refleja la perspectiva positiva del Análisis Económico del Derecho de la escuela de Chicago³⁸³, asegurando qué es técnicamente una

379 Véase: RICKER, WILLIAM, *The theory of political coalitions*. New Haven: Yale University Press, 1962.

380 RICKER, WILLIAM y ORDESHOOK, P. *An introduction to positive political theory*. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1973. pág. 6. El texto original dice: “the mystery of how social choice evolves out of individual preferences”.

381 *Ibidem*.

382 STIGLER, GEORGE, The theory of economic regulation. *Bell Journal Economics and Management Science*. No. 2, 1971.

383 *Introduction to the Handbook on Public Choice Theory*, vol. I, editado por CHARLES K. ROWLEY. Elgar Publishing Co, Brookfield, Vermont, 1993.

situación eficiente, además, supone que los economistas pueden observar, explicar y predecir, pero no pueden influenciar el curso de la historia, y que los intentos por cambiar el mundo, son inútiles y desperdician recursos escasos³⁸⁴.

Tal como todo el cuerpo metodológico de análisis de la escuela de Chicago, su fundamento, para el análisis de las instituciones políticas, procede desde la teoría del precio, la teoría de la maximización racional y la economía positiva. Así, se entiende al gobierno como un mecanismo utilizado por individuos que maximizan su interés individual, para redistribuir la riqueza en la sociedad³⁸⁵. Se fundan en conceptos como el *homo economicus* y es modelado éste como un maximizador de riqueza.

Teniendo en cuenta estos conceptos, la escuela de Chicago desarrolla estudios de equilibrio de mercados políticos. En el estudio de REDER se supone que los mercados políticos siempre se vacían³⁸⁶. En equilibrio, ningún individuo puede alcanzar su utilidad esperada sin reducir la utilidad esperada de al menos un individuo. La utilidad esperada se modela en términos de riqueza³⁸⁷. Los agentes políticos vacían los mercados sin inmiscuirse como principales. Ellos son llevados por restricciones y no por preferencias, de modo que, las ideologías políticas no tienen cabida en el modelo de los mercados políticos de la escuela de Chicago³⁸⁸.

Para que el mercado político sea rígido e instantáneo la escuela de Chicago, usa unas hipótesis auxiliares, así:

384 *Ibidem*, pág. xi.

385 *Ibidem*, pág. xii.

386 REDER, M.W. Chicago economics: Permanence and change. *Journal of Economic Literature*. No. 20, 1982. Citado por: *Introduction to the Handbook on Public Choice Theory*, vol. I, editado por CHARLES K. ROWLEY. Elgar Publishing Co, Brookfield, Vermont, 1993.

387 *Ibidem*.

388 *Ibidem*. pág. xiii.

“primero, se asume que los individuos son tomadores de precios en lugar de hacedores de precios, de modo que hay muy poco o no existe poder discrecional en los mercados políticos; segundo, se asume que los precios a los cuales los individuos acceden tranzar son aquellos que vacían el mercado; y tercero, se asume que dichos precios reflejan toda la información relevante, de modo que los individuos acceden a una búsqueda óptima en los mercados políticos; y cuarto, se asume que todas las restricciones en el comportamiento económico, son eficientes, de manera que ellos también reflejan el comportamiento de maximización de la utilidad en la parte de aquellos que los crean y los modifican”³⁸⁹.

Ahora bien, *la escuela de Virginia* constituye el programa de análisis de la teoría de la elección pública que guiará este subcapítulo. Vamos a hacer una introducción para luego profundizar en cada uno de los aspectos que merecen principal atención.

La escuela de Virginia ha sido liderada por TULLOCK y BUCHANAN desde los comienzos de la teoría de la elección pública. Su intención fue establecer un programa de estudio en oposición a la economía neoclásica y opuesto a la ciencia política convencional, retando también la economía keynesiana, al análisis de equilibrio pigoviano y a las finanzas públicas convencionales³⁹⁰. El énfasis filosófico de esta escuela se centra en la escuela clásica liberal, a diferencia de la mayoría de estudiosos de la ciencia política que tienen una perspectiva de centro o de izquierda en la que se defiende la intervención del Estado como un mecanismo para la mejora del bienestar colectivo³⁹¹.

La escuela de la elección pública, liderada por BUCHANAN y TULLOCK, provee de una teoría que no existía sobre la política. Así, estudian que las fallas del mercado, es decir, externalidades, bienes públicos e información asimétrica, las cuales afectan los mercados privados, encontrando que la soluciones que surgen de los mercados

389 *Ibidem.* pág. xii.

390 *Ibidem.* pág. xxii.

391 *Ibidem.*

políticos no mejoran los problemas de los afectados, es decir, los ciudadanos. En este sentido, esta escuela presenta las fallas de gobierno³⁹² y una filosofía moral sobre la intervención, las cuales tienen como fin soportar una reforma constitucional, diseñada para limitar el poder del gobierno.

El programa de esta escuela no sólo se dedica al estudio de las votaciones, sino que se interesa por el estudio de la relación del gobierno con grupos de interés, los buscadores de rentas, el poder legislativo, ejecutivo y judicial, y la burocracia estatal. El gobierno es analizado desde la perspectiva de la teoría de los precios, como un vehículo usado por agentes racionales, que buscan su propio interés para distribuir riqueza. Con todo, los individuos no son tomadores de precios en la mayoría de las veces, y los mercados tampoco se vacían en la mayoría de las veces. Por ello, el andamiaje teórico de la escuela de Virginia, se aparta de la posición de las otras escuelas de la elección pública.

En lo que viene, vamos a adentrarnos un poco más en esta escuela. Vamos a profundizar en aquellos aspectos que tiene especial relevancia desde el punto de vista constitucional.

5.2. LA METODOLOGÍA

Tal como lo hemos repetido a lo largo de este texto, el problema fundamental en el Análisis Económico del Derecho es argumentativo. En este aparte presentaremos los conceptos económicos que permiten abrir el problema a resolver por la escuela de la elección pública. Así, vamos a estudiar los elementos de análisis económico que permiten hacer Análisis Económico del Derecho desde la perspectiva de la

392 Véase: GOTEES, C. Uncommon common sense vs. Conventional Wisdom: The Virginia school of economics. Center for study of Public Choice, Fairfax, 1991. Citado por: *Introduction to the Handbook on Public Choice Theory*, vol. I, editado por: CHARLES K. ROWLEY. Elgar Publishing Co, Brookfield, Vermont, 1993.

escuela de la elección pública. En general, lo que buscamos es llegar a establecer una teoría de economía política constitucional.

5.2.1. APERTURA DEL ANÁLISIS Y EL ANÁLISIS DE SISTEMAS CERRADOS

Hemos visto que la teoría de la elección pública surge como una reacción al enfoque neoclásico. En este sentido, hay una apertura del análisis económico por su desarrollo teórico extensivo, donde se percibe más allá de los límites concebidos por la teoría clásica y donde se presenta un examen de las restricciones políticas, jurídicas y sociales que típicamente se consideran como dadas³⁹³. Así, los autores de la escuela de la elección pública consideran que se extienden los límites de análisis al permitir el examen de las restricciones políticas, legales y sociales. La aplicación formal del análisis económico a materias como la teoría del estado, las reglas de votación, los partidos políticos, el comportamiento de los votantes, los grupos de interés y la regulación, permiten una apertura del análisis económico a algunas áreas nunca antes pensadas por los economistas neoclásicos.

El análisis de sistemas cerrados es un presupuesto metodológico de análisis de la escuela de la elección pública. Éste presupone que, los agentes decisores, son endógenos al modelo, pues ellos no sólo son parte de los mercados de bienes y servicios, sino que participan del mercado político en que se toman las decisiones. Así, los actores, participan en la adopción de políticas públicas para incrementar su utilidad³⁹⁴. La utilidad puede ser incrementada en tanto que el proceso político permite a los hábiles recibir mejores asignaciones de recursos.

BUCHANAN describe al análisis de sistemas cerrados así:

393 ROEMER, A., *op. cit.*, pág. 65.

394 MERCURO y RYAN, *op. cit.*, pág. 141. Citado por: ROEMER, *op. cit.*, pág. 66.

“El puente entre el comportamiento de las personas que actúan en el mercado y el comportamiento de las personas que actúan en el proceso político tiene una importancia crítica y debe analizarse. La teoría de la elección pública puede interpretarse como la construcción de dicho puente. El enfoque requiere tan sólo del supuesto sencillo de que los propios individuos actúan en ambas relaciones. Las decisiones políticas no dependen de seres omniscientes que no se equivocan. Los individuos, actúan en ambas relaciones. Los individuos actúan en las interacciones de mercado, en las interacciones cooperativas no-gubernamentales y en otros arreglos. El cierre del sistema de comportamientos, significa tan sólo que el análisis debe ser ampliado para abarcar las acciones de las personas en uso de sus habilidades por separado”³⁹⁵.

5.2.2. *HOMO ECONOMICUS*

Este postulado metodológico llamado *homo economicus*, implica que:

“los individuos son modelados para comportarse de tal manera que maximizan utilidades subjetivas ante las restricciones que enfrentan, y, si el análisis ha de llegar a ser operativo, es necesario establecer argumentos específicos en las funciones de utilidad”³⁹⁶.

En este sentido, el postulado metodológico del *homo economicus*, se funda en el individualismo metodológico, según el cual es necesario hacer que, en los modelos de comportamiento económico, los individuos se entiendan como entes que persiguen su propio interés. En la teoría política anterior a la escuela de la elección pública, se puede ver que no hay un desarrollo de postulados para definir el comportamiento de las personas en el mercado político o de elección pública.

395 BUCHANAN, J., Toward an analysis of closed behavioral systems. Citado por: MERCURO y MEDEMA, *op. cit.*, pág. 87. También por: ROEMER, *op. cit.*, pág. 66.

396 BUCHANAN, JAMES, La perspectiva de elección pública. En: <http://www.eumed.net/cursecon/textos/buchanan-elecc-publica.htm>.

El presupuesto del *homo economicus*, busca desarrollar una lógica, positiva y consistente teoría que ligue el comportamiento individual a la acción colectiva. Busca explicar cómo es precisamente el proceso político. Entonces, el *homo economicus* es un postulado metodológico que tiene como fin presentar una teoría positiva sobre el entendimiento y la explicación, desde la teoría de la elección racional, de los productos del legislativo y la burocracia³⁹⁷.

Tal como lo dicen MERCURO y MEDEMA citando a GWARTNEY y WAGNER:

“Public choice analysis is to governments what economic analysis is to the markets. In both cases, the outcomes will reflect the choices of individuals and the incentive structure which influences those choices. In the political arena, the mayor players are the voters, politicians, and the bureaucrats”³⁹⁸.

La teoría se centra en el análisis de aquellas reglas políticas que definen el orden colectivo, en las cuales los burócratas y el legislativo toman sus decisiones. Estas reglas establecen restricciones formales respecto de la capacidad y amplitud de tales elecciones. El principio del *homo economicus* trae al análisis de la elección pública el aspecto positivo. Permite describir y explica, desde dicho postulado, como se comportan los resultados de la política en términos de la elección racional, la maximización de la utilidad de los individuos y los grupos de individuos mientras participan en el proceso político³⁹⁹.

397 MERCURO y MEDEMA, *op. cit.*, pág. 87.

398 WAGNER, RICHARD y GWARTNEY, JAMES, Public choice and the conduct of representative government. En: *Public Choice and constitutional economics*. Editado por: WAGNER, RICHARD y GWARTNEY, JAMES. Greenwich, Con.: JAI press, 1988.

399 Véase: MERCURO y MEDEMA, *op. cit.*, pág. 88.

5.2.3. CATALAXIS Y LA TEORÍA DE LA ELECCIÓN CONTRACTUAL Y EL INTERCAMBIO

El principio de la catalaxis, fundamenta el enfoque normativo de la escuela de la elección pública. Tal como lo expresamos al principio de este capítulo, ADAM SMITH es uno en las inspiraciones teóricas de la filosofía de la escuela de la elección pública. Este autor, tal como lo dice BUCHANAN, propendía en sus escritos por un estudio dirigido “hacia el trueque y el intercambio de una cosa por otra”⁴⁰⁰, convirtiéndose este estudio en el punto de partida adecuado para la investigación económica. Así, se pretende desviar la atención de la teoría económica en la elección para centrar los estudios de la misma en el intercambio.

HAYEK llama a este modo de aproximarse a la economía, como “catalaxis”. La catalaxis, tal como la bautizó HAYEK, llama la atención sobre los procesos de intercambio, sobre el comercio o los acuerdos contractuales. A su vez, este concepto de catalaxis, introduce a la discusión el desarrollo del principio del orden espontáneo, el cual es, según BUCHANAN, es “el único principio real de la teoría económica como tal”⁴⁰¹. Como dice el citado:

“También podría preguntarse qué tiene que ver este argumento metodológico con la perspectiva de la elección pública, cuyo tema nos trae aquí. Mi respuesta es directa. Si tomamos en serio la catalaxis, aparecerá en forma bastante natural el intercambio complejo tanto como el simple, definiendo al primero como el proceso de acuerdos contractuales que va más allá del número mágico (2) de los economistas, más allá de la simplicidad de dos personas, del escenario simplista del intercambio de dos artículos. El énfasis se desplaza directa e inmediatamente, hacia todos los procesos de acuerdo voluntario entre las personas”⁴⁰².

400 BUCHANAN, J., *La perspectiva...op. cit.*, pág. 2.

401 *Ibidem*.

402 *Ibidem*. pág. 3.

Del mismo modo, aclara BUCHANAN que:

“He sostenido que la norma contractual o paretiana es relevante con base en el sencillo principio de que “comenzamos desde aquí”. Pero aquí, el *status quo* es el conjunto existente de instituciones y reglas jurídicas... he tratado de argumentar que, en la medida en que los derechos de propiedad son especificados por adelantado, los intercambios auténticos pueden producirse, con ganancias recíprocas para todas las partes. Sin embargo, en la medida en que los derechos existentes se someten a una redefinición continua por el Estado, nadie tiene incentivos para organizar e iniciar negocios o contratos. Esto equivale a decir que cuando el cuerpo político comienza a preocuparse abiertamente acerca de la distribución del pastel, bajo las asignaciones existentes de los derechos de propiedad y las disposiciones legales; cuando comenzamos a pensar sobre las ganancias personales derivadas del incumplimiento de la ley, en privado o en público, o sobre las disparidades entre las imputaciones existentes y las que se estima que se presentarán bajo alguna anarquía idealizada, estamos impidiendo y previniendo por fuerza la realización de los cambios estructurales potenciales susceptibles de incrementar el tamaño del pastel para todos”⁴⁰³.

Como podemos apreciar de estas dos citas, el concepto de orden espontáneo o coordinación espontánea, toman un rol central en la teoría. En este sentido, el intercambio se analiza no desde exámenes de intercambios simples, sino desde relaciones complejas. Esto es para el análisis de actividades económicas o políticas. El objetivo central de la catalaxis, es tomar agentes decisores individuales, como la unidad básica de análisis y ver a la política y a los procesos políticos en términos del paradigma de intercambio⁴⁰⁴. Con todo, este cambio de la perspectiva sobre el objeto de la economía nos lleva a distinguir entre economía como una disciplina y la política. En principio, como dice BUCHANAN, “no hay fronteras que puedan trazarse entre la ‘economía’ y la ‘política’ o entre ‘mercados’ y ‘gobiernos’”. Sin embargo, sí hay distinciones, pues aunque la política y el proceso

403 Citado por: ROEMER, A., *op. cit.*, pág. 68 y sigs.

404 BUCHANAN, JAMES, *Liberty, market, and State*. Brighton, Suseex: Wheatshaft Books, 1986, pág. 21.

político, se puede entender en términos del paradigma del intercambio, la política no se agota en ser una disciplina académica que se encargaría de todo el universo de relaciones voluntarias entre las personas, también hay no voluntarias, es decir, aquellas relaciones que entrañan poder o coerción.

La catalaxis se entiende como una perspectiva de la elección pública, que entiende y teoriza sobre la política basado en el intercambio, de la cual pueden surgir muchas implicaciones normativas. De modo que, representa la extensión de la perspectiva económica a arreglos institucionales en los que las personas interactúan colectivamente. Esta forma de ver la política, puede llevar a desarrollar la reforma institucional, si y sólo si,

“el intercambio voluntario entre personas se valora positivamente mientras que la coerción se valora en términos negativos, surge la implicación de que es deseable la sustitución de lo último por lo primero, suponiendo, claro está, que dicha sustitución sea tecnológicamente factible y que los recursos empleados no sean prohibitivos”⁴⁰⁵.

Por lo anterior, podemos concluir diciendo que, esta aproximación normativa a la elección pública busca estructurar un proceso político donde los valores son revelados a través de acciones políticas de particulares, y el consenso entre individuos del grupo escogido se convierte en la afirmación del valor social. Por ello, no podemos decir que existe un estándar externo o escala llamada eficiencia, a través del cual los fines del Estado puedan ser evaluados. Tampoco podemos decir que un cambio legal surge de una observación independiente de la eficiencia, sino que surge del acuerdo. Así, una política es justa porque se adoptó unánimemente entre individuos, y no porque era justa *a priori*.

405 *Ibidem*.

5.2.4. CRITERIOS DE CONSENSO UNÁNIME

Tal como lo acabamos de dilucidar, el consenso unánime es uno de los principales postulados de la escuela de la elección pública. Esto es porque los partidarios de la escuela de la elección pública suponen que los valores sociales no existen independientemente de los valores individuales en la sociedad, el consenso o unanimidad es la única prueba que puede asegurar que un cambio es el *status quo* es benéfico para todos⁴⁰⁶. Así, la regla de la unanimidad es el mejor mecanismo de asignación según la escuela de la elección pública, pues ella permite evitar las violaciones a derechos de terceros.

Infortunadamente, en la democracia, la regla de la unanimidad ha sido soslayada por la regla de la mayoría. Son las mayorías y no la unanimidad las que eligen la asignación de recursos. Esta regla de la unanimidad surge de la unión de la teoría de la asignación de recursos de PARETO y el concepto de unanimidad desarrollado por WICKSELL⁴⁰⁷. El mencionado autor sugirió que el proceso de ajuste político es comparable con el proceso de intercambio privado, si se utiliza un regla de decisión adecuada. Para WICKSELL, esta regla se asociaba con el mercado, en tanto que, si en un impuesto hacemos una referencia al gasto específico, el que paga el impuesto está seguro del servicio que está adquiriendo. Además de esto, el impuesto sólo se introduciría bajo el voto unánime, de modo que el nivel de los impuestos como la distribución de éstos debería ajustarse hasta que cada individuo estuviera dispuesto a pagar su proporción en el nivel determinado⁴⁰⁸. Entonces, como dice ROEMER:

406 BUCHANAN, JAMES, What kind of redistribution do we want? *Economica*, No. 138, vol. 35, May, 1968. Citado por: ROEMER, *op. cit.*, pág. 67.

407 WICKSELL, KNUTE, A new principle of just taxation. En: *Classics in the theory of public finance*. MacMillan, 1958. Citado por: DENNIS MULLER, *op. cit.*, pág. 26.

408 Véase: COLEMAN, J.S., *Individual interest and collective action. Papers on non-market decision making*, vol. 1, 1966. Citado por: ROEMER, *op. cit.*, pág. 67.

“un cambio jurídico preferido, (o sea un cambio en los derechos y normas relacionados con políticas específicas) sería adoptado sólo si cuenta con un consenso unánime”⁴⁰⁹.

Hay que tener en cuenta que la regla de unanimidad garantiza los derechos de las minorías. Esto es así, porque los derechos de dichos grupos nunca se verán vulnerados al reconocer a los individuos el derecho al veto con su voto en contra. Con todo, esta regla no funciona en la práctica, por ello, aunque se reconoce que algunos individuos pueden ser dañados por alguna modificación en la política jurídica o económica, ellos votarán en contra de ésta para impedir su aceptación, pero, para salvar la política, los autores de la elección pública han adoptado el criterio de la compensación, de modo que, si el cambio mejora a un grupo y dicha mejora tiene la potencialidad de compensar a los “perdedores”, el cambio será benéfico⁴¹⁰.

5.3. APLICACIONES DE LA TEORÍA DE LA ELECCIÓN PÚBLICA⁴¹¹

5.3.1. APLICACIONES DE LA TEORÍA POSITIVA DE LA ELECCIÓN PÚBLICA

Como vimos, desde el concepto de *homo economicus*, o individualismo metodológico, es posible desarrollar una teoría de Análisis Económico del Derecho de las normas de la política. Este análisis es un análisis positivo, en tanto que no se preocupa por los elementos valorativos de dichas normas, sino que observa y busca predecir el comportamiento de los operadores de dichas normas, es

409 *Ibidem*, pág. 68.

410 *Ibidem*.

411 Este aparte se fundamenta en la estructura planteada por Muller, en el texto *The public choice approach to politics*. Eduard Elgar Publishing, Hants, England, 1993, pág. 447.

decir, los agentes decisores políticos. Vamos a hacer un análisis de los elementos más importantes del estudio positivo de la teoría de la elección pública, para esto analizaremos, las razones que justifican la decisión colectiva y la elección pública en las decisiones de democracia directa.

5.3.1.1. *Las razones que justifican la decisión colectiva*

La teoría económica ha demostrado que individuos con fines diferentes, preferencias diferentes y maximizando individualmente, se pueden beneficiar con el intercambio. Esto surge con ayuda del sistema de precios que surge de ese mecanismo de interacción que llamamos mercado⁴¹². El desarrollo teórico de la mano invisible de SMITH, también supone un sistema de elección colectiva comparado con el sistema de mercado⁴¹³. Así, por ejemplo, hay dos opciones antes de entrar en el sistema de mercado, estas son acceder a dicho sistema o no acceder y robar.

De este modo se dice que no sólo el intercambio es productivo, también puede serlo robar. Así, si aplicamos un juego de suma cero (0), en el cual lo que gana uno lo pierde el otro, podemos ver que todo agente del mercado afronta la siguiente decisión. Supongamos que hay dos actores uno A y otro B, los cuales producen huevos y maíz. Tiene dos opciones, robar o no robar. El robar parece ser fácil, pero genera en el otro un incentivo para no producir, a diferencia del intercambio que genera un incentivo para producir. En la matriz 1⁴¹⁴, podemos ver el caso.

412 Véase: MISES, LUDWIG VON. *Human action*. Mises Institute, Auburn, Alabama, 2003.

413 MULLER, DENNIS, Public Choice: A survey. *Journal of Economic Literature*, No. 14, June 1976, págs. 395-433.

414 Matriz extractada de MULLER, D., *op. cit.*, pág. 397.

MATRIZ 1

A \ B	No robar	Robar
No robar	A(10-Huevos, 9-Maíz) B(8-Huevos, 6-Maíz) (1)	A(6-Huevos, 5-Maíz) B(10-Huevos, 9-Maíz) (4)
Robar	A(10-Huevos, 10-Maíz) B(5-Huevos, 3-Maíz) (2)	A(10-Huevos, 9-Maíz) B(7-Huevos, 5-Maíz) (3)

Si A y B no roban estamos una relación de intercambio, tal como lo muestra el cuadro número (1). Si roban estamos en la situación de no intercambio, presentada en el cuadro número (3). Ambos están bien si no hay robo, pero, si uno roba y el otro no, el que roba está mejor, tal como lo señalan los cuadros (2) y (4). Ambos pueden ser inducidos a adoptar la estrategia dominante, es decir, robar. Pero, ambos están mejor si acuerdan no robar, sino intercambiar, proveyendo un mecanismo para garantizar el acuerdo. El acuerdo de no robo, es necesario para alcanzar la optimalidad de PARETO. Más generalmente, el acto colectivo de establecer la norma y los derechos de propiedad, es una condición necesaria de cualquier sistema de intercambio⁴¹⁵.

Este acuerdo institucional puede entenderse como un bien público, el cual lleva a que el consumo individual de dicho bien, no lleve a la sustracción de un bien a otro individuo⁴¹⁶. Cualquier bien público que para su provisión se requiera algún tipo de gasto puede graficarse

415 BUCHANAN, JAMES, *The limits of liberty: Between anarchy and Leviathan*. Chicago: University of Chicago Press, 1975. Citado por: MULLER, *op. cit.*, pág. 478.

416 MULLER, *op. cit.*, pág. 397.

en el cuadro número (1) de la matriz. Así podemos incluir en él la seguridad nacional, el departamento de bomberos, la fuerza policial, el ejército, etc. En estas situaciones cualquier individuo puede estar mejor con la provisión de dicho bien.

Estos bienes mencionados son bienes públicos en todo el sentido económico, pues, principalmente, su producción es conjunta y su provisión es indivisible⁴¹⁷. De este modo, que la provisión sea conjunta conlleva que hallan posibles ganancias de la cooperación para llevar a la sociedad a un cambio de la situación (3) a la situación (1). Si se pasa de (3) a (1), la cooperación⁴¹⁸ es necesaria para que continúe la provisión del bien⁴¹⁹. La imposibilidad de exclusión del consumo, su provisión indivisible, genera problemas de *free rider*, o del aprovechado, los cuales hacen que la cooperación sea amenazada, pues impone un incentivo al comportamiento no cooperativo, debido a que la producción del bien y el pago por el bien de un agente, beneficia y permite el consumo de los demás, permitiendo que al menos alguno se aproveche de dicho pago, llevando a las situaciones (2) y (4) de la matriz en un primer período y terminando en el cuadro (3) de la matriz en un segundo período.

El mejor modo de conservar la situación (1) de la matriz, es por medio de una repetición de acciones individuales (costumbre) que incentiven al otro a no robar, pues, si A no roba, B tampoco, ya que sabe que si roba a A, A lo robará después⁴²⁰. Con todo, en

417 *Ibidem*, pág. 398.

418 Cooperación se entiende como búsqueda del mismo fin, no como la simple cooperación o actuación conjunta.

419 Para ampliar un poco este concepto de los juegos cooperativos, véase: GIBBONS, ANTHONY. *Un primer curso en teoría de juegos*. ANTHONY BOSCH, Barcelona, 1992.

420 Algunos estudios de economía experimental han demostrado que es posible la cooperación dependiendo del número de jugadores y el número de jugadas. Así, cuando el número de jugadores es pequeño, es posible detectar quién no actúa cooperativamente y entender el comportamiento y predecir como responderán en el ambiente cooperativo y de no cooperar, fácilmente se pueden establecer las sanciones.

comunidades heterogéneas, de muchos habitantes, una provisión formal de lo que es mutuamente beneficioso debe ser establecida. Así, los individuos sabrán qué tipo de comportamiento es consistente con la búsqueda del bienestar general. Dados los incentivos de aprovechamiento (*free ride*), para poder mantener la norma, es necesario que existan mecanismos de seguridad del cumplimiento, sea por sanciones positivas por cumplir o negativas por incumplir⁴²¹.

Por lo dicho, tal como lo indica MULLER,

“la democracia, los procedimientos formales de votación para hacer u salvaguardar las decisiones colectivas, son necesarios para comunidades de cierto tamaño e impersonalidad. Así, la familia decide sin siquiera votar, en una tribu se hace ocasionalmente. En una metrópolis o en una nación, el Estado debe tomar un gran número de decisiones por procesos de elección colectiva. Comunidades pequeñas y estables, pueden elegir el cumplimiento voluntario y contribuciones para algunas decisiones colectivas solamente publicándolas. Las comunidades más grandes e impersonales, requieren establecer penas formales por comportamiento asocial e impuestos para proveer bienes públicos”⁴²².

Vemos que el dilema del prisionero presentado en la matriz inicial permite aclarar porqué es necesaria la cooperación en algunos sistemas comunitarios. Esta herramienta, según vemos, representa grandes implicaciones para la selección de un conjunto de normas que permitan un desempeño coherente de las normas para proveer bienes públicos. Así, hay ciertas normas que son inherentes a la

En grupos grandes, algunos jugadores pueden adoptar la estrategia de no cooperar y no ser castigados debido a que el impacto sobre los demás es mínimo o es muy costoso castigarlos. Véase: Experimental Oligopoly. *Kyklos*. No. 24 – 1, 1971. *Handbook of experimental economics*. Princeton University, Princeton, New Jersey, 1995. Los estudios de BUCHANAN y OLSON han mostrado que la cooperación es positiva para la sociedad en grupos pequeños, pero es negativa en grupos grandes pues incentiva el *free riding* por muchos individuos. Véase: BUCHANAN, JAMES. An economic theory of Clubs. *Economica*. No. 32, February. 1965; OLSON, M. *The logic of collective action*. Cambridge: Harvard University Press, 1965.

421 OLSON, *op. cit.*, págs. 50 y sigs. Citado por: MULLER, *op. cit.*, pág. 451.

422 MULLER, *op. cit.*, pág. 399.

democracia, las cuales permiten la cooperación, y eliminan los problemas de aprovechamiento (*free ride*).

5.3.1.2. *La elección pública en las decisiones de democracia directa*

Tal como lo vimos, las normas de la democracia se fundan teóricamente en los postulados de la cooperación. Con todo, el sistema de la democracia directa tiene como fundamento la decisión pública a través del voto directo. Por ello, en este aparte vamos a estudiar las propiedades de algunas reglas de la votación, como la regla de la unanimidad, la mayoría óptima, la regla de la mayoría y el teorema de la imposibilidad.

5.3.1.2.1. La regla de la unanimidad

En la democracia directa las votaciones se necesitan para poder eliminar al problema del aprovechamiento. Como todos se benefician de la provisión de bienes públicos, la solución cooperativa de votación es la regla de la unanimidad. Con todo, aunque todos consumen bienes públicos, no todos se benefician del mismo modo.

Como vemos, la regla de la unanimidad lleva a la opción Pareto preferida, en tanto que cambiar dicha acción genera pérdidas para alguno. Así, la regla de la unanimidad permite que las cantidades de bien público proveídas sean las óptimas para todos. Lo que hace atractiva a esta regla de la unanimidad es que ésta es la única regla que asegura que los cambios legales se constituyen en una situación Pareto superior. De este modo, si alguien se empeora por la ley o regulación propuesta, esa persona puede votar en contra y prevenir que sea aplicada⁴²³.

423 MERCURO, NICHOLAS & RYAN, THIMOTY, *op. cit.*, pág. 120.

A la regla de la unanimidad le surgen dos objeciones: primero, para determinar la optimalidad de la decisión es necesario darle cierto tiempo a los miembros de la comunidad. Este malgasto del tiempo, hará que algunos individuos prefieran que las decisiones sean tomadas en desarrollo de otra regla en la que se gaste menos tiempo llegar a la decisión⁴²⁴. Segundo, en la regla de la unanimidad el equilibrio depende de la capacidad de negociación y la aversión al riesgo de los individuos. De este modo, se da un incentivo a los individuos para que actúen estratégicamente, puesto que, si una ley impone un impuesto, con la regla de la unanimidad el individuo con una preferencia baja por tal la adopción del impuesto se verá incentivado a buscar acabar con el impuesto con su negativa⁴²⁵.

Estas objeciones han sido suficientes para dar pie al surgimiento de otras normas para la adopción de decisiones.

5.3.1.2.2. La mayoría óptima

Tal como lo vimos, la principal objeción al sistema de la unanimidad es el malgasto del tiempo, que permite que algunos individuos prefieran que las decisiones sean tomadas en desarrollo de otra regla en la que se gaste menos tiempo para llegar a una decisión. Así, la mayoría, parece ser, en términos de costos por unidad de tiempo, una mejor regla para la toma de decisiones.

De lo dicho, podemos sugerir que el tiempo que requiere pasar una decisión incrementa con el tamaño de la mayoría requerida para que la decisión pase⁴²⁶. Con una decisión que pase por una regla

424 MULLER, DENNIS, *Public Choice II*. Cambridge University Press, New York, 1990, págs. 50 y sigs.

425 MULLER, D. *Survey on...op. cit.*, pág. 401.

426 *Ibidem*.

diferente a la unanimidad, o con un conjunto de personas menores a las que requiere la unanimidad, se aumenta la posibilidad de que los individuos estén peor con el paso de una decisión. Por tanto, entre menor sea el porcentaje de personas necesario para que pase una decisión, mayor será el número de personas que asumen el costo de esta regla. Este costo es la diferencia entre los niveles de utilidad que se alcanzan con el cambio en la norma, o con la nueva norma, y los que se hubieran obtenido con la unanimidad⁴²⁷. La regla óptima es aquella en que la utilidad esperada por la redefinición de la norma para ganar un votante más, iguale la pérdida esperada en el tiempo de ganar ese votante más⁴²⁸. Estos costos cambian de decisión en decisión, debido a que las diferentes materias implican diferentes costos y utilidades.

Esto lo podemos explicar mediante el gráfico 17. Para estudiar dicho mecanismo es necesario reconocer que todas las reglas de votación son costosas. Estos costos son los (1) costos externos de la decisión⁴²⁹ y (2) los costos directos de tomar la decisión⁴³⁰.

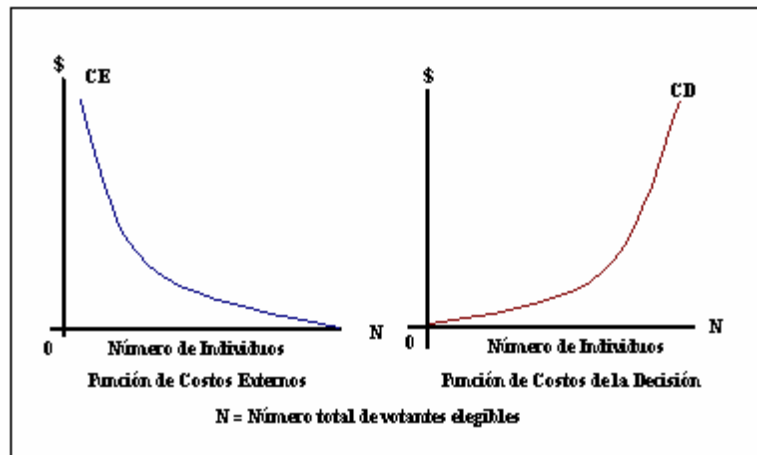
427 BUCHANAN y TULLOCK, *op. cit.*, págs. 63 y sigs. Citado por: *Ibíd.*, pág. 454.

428 *Ibíd.*

429 Son costos externos aquellos que asumen quienes desapruaban la decisión.

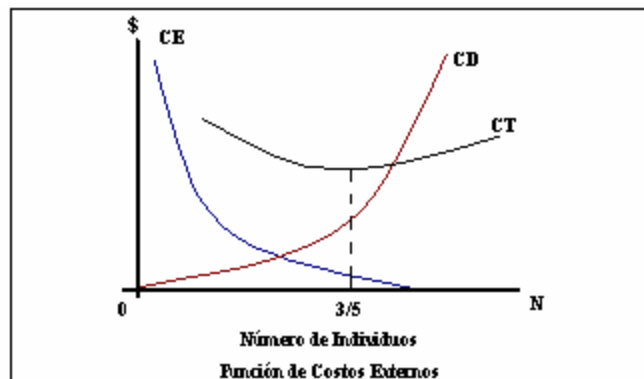
430 Son los costos de negociación asociados a la toma de la decisión.

GRÁFICO 17



Vemos que la función de costos externos decrece con el número de individuos o votantes, mientras que la función de costos de la decisión crece con el número de individuos votantes. Si sumamos costos de la decisión con los costos externos obtendremos la función de costos, tal como se expresa en gráfico 18.

GRÁFICO 18



Para hallar la mayoría óptima, es necesario buscar el costo mínimo, debido a que si los costos externos, es decir, los costos de los perjudicados son menores al tomar la decisión y los costos de tomar la decisión son los menores, habrá una minimización del costo social total de la decisión y por ello la mayoría que minimiza dichos costos es la mayoría óptima⁴³¹. Como los costos de externos de la decisión cambian mientras que los costos de la decisión pueden tenerse como constantes, entonces, en el desarrollo constitucional de normas, en una democracia directa permitirá determinar diferentes mayorías para diferentes decisiones. Así, dependiendo del tipo de bien público, o de la categoría de la política pública, se puede establecer una regla de mayoría.

5.3.1.2.3. La regla de la mayoría

La regla de la mayoría simple, es decir, la primera parte de la integral hasta $n/2$, es la regla más usada como mayoría. Nada de lo que hemos dicho hasta ahora indica por qué debe ser la norma de mayoría a la que más frecuentemente lleguemos. Muchos autores han defendido o atacado la regla de la mayoría⁴³², sea con estudios positivos o normativos. Vamos a estudiar aquellas defensas y ataques.

Por ejemplo, RAE, busca escoger una regla de decisión desde el punto de vista de un individuo egoísta, el cual tiene incertidumbre sobre sus futuras preferencias y posición. Y para ello pregunta qué regla de la mayoría minimiza los chances de una persona soportando una proposición que falla y una oposición que pasa. La regla que

431 Para ampliar este análisis recomendamos ver: MERCURO y MEDEMA, *op. cit.*, págs. 89 y sigs.

432 Véase: DOWNS, A., *op. cit.*, pág. 64 y sigs.; RAE, DOUGLAS. Decision rules and individual values in constitutional choice. *American Politic Science Review*. No. 63. March, 1963; TAYLOR, M. Proof of a theorem on majority rule. *Behavioral Science*. No. 14, May. 1979. Citados por: MULLER, D., *op. cit.*, pág. 403.

permita alcanzar estos mínimos, maximizará los elementos opuestos. Esta regla, según RAE, sólo es la regla de la mayoría. Esto dado que, si cada proposición para ser definida, presenta un cambio igual en la utilidad, más o menos para cada individuo, este teorema de la mayoría simple se convierte en una regla plausible para un individuo egoísta, con incertidumbre sobre el futuro.

Con todo, cuando las pérdidas que asumen los miembros de la minoría son mayores que los beneficios de la minoría, hay posibilidades de cuestionar la regla de la mayoría simple.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALCHIAN, ARMEN. Some Economics of Property Rights, *Il Politico*, 30, 816-829, 1965.
2. ARROW, KENNETH J. *The Limits of Organization*. New York: W. W. Norton, 1974, pág. 224.
3. ARROW, KENNETH. *Social choice and individual values*. Wiley and Sons, New York, 1951.
4. AYRES, CLARENCE. *The theory of economic progress*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1944.
5. BAIRD, DOUGLAS; GERTNER, ROBERT; y PICKER, RANDAL. *Game theory and the law*. Cambridge: Harvard University press, 2000.
6. BARNETT, RANDY E. (1989), 'Foreword: Post-Chicago Law and Economics', No. 65. *Chicago-Kent Law Review*, 1-21. Citado por: MACKAAY, *op. cit.*, pág. 91.
7. BAUMOL y OATES, *The theory of environmental policy*. Prentice Hall, 1975.
8. BECCARIA, C. *De los delitos y de las penas*. Madrid: Alianza, 1982.
9. BECKER, G. Crime and punishment: An economic approach. *Journal of Political Economy*, vol. 76, No. 169, 1978.
10. BECKER, GARY. A theory of the allocation of time. *Economic Journal*. No. 75. September, 1965.
11. BECKER, GARY. *The Economic Approach to Human Behavior*. University of Chicago Press, 1976.
12. BENTHAM, JEREMY. *Escritos económicos*. México: FCE, 1990.
13. BENTHAM, JEREMY. A fragment of government and an introduction to the principles of morals and legislation. *Escritos económicos*. México: FCE, 1990.
14. BLACK, DUNCAN. On the rationales of group decision making. *Journal of Political Economy*. No. 56, 1948.
15. BLACK, DUNCAN. The decisions of a committee using special majority. *Econometrica*. No. 16, 1948.
16. BLAUG, MARK. *The methodology of economics, or how economists explain*. Cambridge.

17. BREIT, WILLIAM. The development of Clarence Ayre's theoretical institutionalism. *Social Science Quarterly*. No. 54. September, 1973.
18. BRENNER, R. *Betting on Ideas: Wars, invention, Inflation*. Chicago: University of Chicago Press, 1989.
19. BROWNING, JOHN and REISS, SPENCER, 'Encyclopedia of the New Economy', *Wired Magazine*, From March 6 to May 6, 98. En: <http://hotwired.wired.com/special/ene>.
20. BUCHANAN, JAMES y TULLOCK, GORDON. *El cálculo del consenso*. Barcelona, Planeta-Agostini, 1993.
21. BUCHANAN, JAMES y TULLOCK, GORDON. *The calculus of consent*. Ann Arbor, University of Michigan Press, 1962.
22. BUCHANAN, JAMES. An economic theory of Clubs. *Economica*. No. 32. February. 1965; OLSON, M. *The logic of collective action*. Cambridge: Harvard University Press, 1965.
23. BUCHANAN, JAMES. La perspectiva de elección pública. En: <http://www.eumed.net/coursecon/textos/buchanan-elecc-publica.htm>. Marzo, 2003.
24. BUCHANAN, JAMES. *Liberty, market, and State*. Brighton, Wheatshaft Books, Suseex 1986.
25. BUCHANAN, JAMES. *The limits of liberty: Between anarchy and Leviathan*. Chicago: University of Chicago Press, 1975.
26. BUCHANAN, JAMES. What kind of redistribution do we want? *Economica*. No. 138, vol. 35, May, 1968.
27. CARTER, MICHAEL R. A Wisconsin institutionalist perspectiva on microeconomic theory of institutions: the insufficiency of Pareto efficiency. *Journal of economic issues*. No. 19, September, 1985.
28. COASE, RONALD. The Nature of the Firm, No. 4. *Economica* (n.s.), 1937.
29. COASE, RONALD. The Problem of Social Cost, *Journal of Law & Economics*, No. 3, 1960.
30. COASE, RONALD H. *Essays on Economics and Economists*, Chicago, The University of Chicago Press, 1994.

31. COASE, RONALD. *The Institutional Structure of Production*. Price Lecture. Diciembre 9, 1991. En: <http://www.nobel.se/economics/laureates/1991/coase-lecture.html>.
32. Código Civil. Colección Códigos *Brevis*. Bogotá: Editorial Legis, 2002.
33. COLEMAN, J.S. Individual interest and collective action. *Papers on non-market decision making*, vol. 1, 1966.
34. COMMONS, JOHN. Institutional economics. *Yale Law Journal*. No. 34. February 1925.
35. COMMONS, JOHN. Law and Economics. *Yale Law Journal*, No. 34, February, 1925.
36. COMMONS. *Institutional economics*. New York, McMillan, 1934.
37. COTTER, ROBERT y LEN, THOMAS. *Law and economics*. Reading, Massachusetts: Addison-Wesley, 1998.
38. COI, IRVING y COHEN, KARL. *Introducción a la lógica*. Buenos Aires: Limaza, 2000.
39. DAVIS, LANCE y NORTH, DOUGLAS. *Institutional change and American economic growth*. Cambridge: Cambridge University Press, 1971.
40. DE ALSIP, LOUIS y STAFF, ROBERT. Property rights and choice. En: *Law and economics*. Editado por: Nicolás Mercurio. Boston: Kluwer, 1989.
41. DE ALESSI, LOUIS. The economics of property rights: A review of evidence. *Research in law and economics*, No. 2, 1980.
42. DIRECTOR, AARON. *Federal Tax Reform*, Chicago, University of Chicago Press, 1950.
43. DIRECTOR, AARON. Review of Bassett Jones, Debt and Production: The Operating Characteristics of Our Industrial Economy, 43, *Journal of Political Economy*, 405, 1933.
44. DIRECTOR, AARON. Review of Bassett Jones, *Debt and Production: The Operating Characteristics of Our Industrial Economy*, *Journal of Political Economy*, No. 43, 405, 1933
45. DIRECTOR, AARON. Review of Carl Kaysen, United States v. United Shoe Machinery Corporation: An Economic Analysis of an Antitrust Case, No. 24 University of Chicago Law Review 606, 1957.

46. DIRECTOR, AARON. *The Economics of Technocracy*, Chicago, University of Chicago Press, 1933;
47. DOWNS, ANTHONY. *An economic theory of democracy*. Nueva York: Harper and
48. DOWNS, ANTHONY. *Economic theory of democracy*. Harper, New York, 1957.
49. *Economic Affairs*, 1990.
50. EGGERSTON, THÉRÈSE. *Economic behavior and institutions*. Cambridge: Cambridge University Press. 1990.
51. EISENBERG, MELVIN A. *An overview on law and economics*. Working paper No. 90-9. School of law. University of California, Berkeley, 1990.
52. ELSTER, JON. *Economics*. Buenos Aires: Gedisa S.A., 1993.
53. ELSTER, JON. Emotions and economic theory. *Journal of Economic Literature*, vol. 36, No. 1, March, 1998.
54. ELY, RICHARD T. *Property and contract in their relation to the distribution of wealth*. New York: Macmillan, 1914.
55. EPSTEIN, RICHARD A. *Law and Economics: Its Glorious Past and Cloudy Future*, University of Chicago Law Review, No. 64, 1167, 1997.
56. Experimental Oligopoly. *Kyklos*. No. 24 - 1. 1971. *Handbook of experimental economics*. Princeton University, Princeton, New Jersey, 1995.
57. FOUCAULT, MICHEL. *Las palabras y las cosas: una arqueología de las ciencias humanas*. México: Siglo XXI, 1990.
58. FRANK, JEROME. *Law and the modern mind*. New York: Brentano's, 1930.
59. FRIEDMAN, MILTON. The methodology of positive economics. En: *Essays in positive economics*. Chicago: Chicago University Press, 1966.
60. FRISCH, RAGNAR. Editorial. *Econometrica*, vol. 1, No. 1, 1933.
61. FURUBOTHN, EIRIK y RICHTER, RUDOLF. *Institutions and economic theory: the new institutional economics*. Michigan: University of Michigan, 1998.

62. GIBBONS, ANTHONY. *Un primer curso en teoría de juegos*. Anthony Bosch, Barcelona, 1992.
63. GORDON, HOWARD SCOTT. 1954. The Economic Theory of a Common Property Resource: The Fishery. *Journal of the Political Economy*, No. 62(April): 124-42.
64. GOTEES, C. *Uncommon common sense vs. Conventional Wisdom: The Virginia school of economics*. Center for study of Public Choice, Fairfax, 1991.
65. GUJARATI, DAMODAR. *Econometría*. Madrid: MacGraw-Hill, 2001.
66. HALE, ROBERT. *Freedom through law*. New York: Columbia University, 1952.
67. HAMILTON, WALTON. Property according to Locke. *Yale Law Journal*. No. 41. April, 1962.
68. HAYEK, FREDERICK. *Economics and Knowledge*. Presidential address delivered before the London Economic Club; November 10, 1936. En: <http://www.fahayek.org/index.php?article=74>.
69. HIRSCH, WERNER. *Law and economics: an introductory analysis*. Second edition. Academic press. 1988.
70. HUERTA DE SOTO, JESÚS. La libertad de empresa. En: *Anuario de Economía*. Negocios Ediciones: Madrid, 1996.
71. HUERTA DE SOTO, JESÚS. *Socialismo, cálculo económico y función empresarial*. Madrid: Unión Editorial, 2001.
72. HUME, DAVID. *Tratado sobre la naturaleza humana*. Madrid: Orbis, 1984.
73. IHERING, RUDOLPH VON. *La lucha por el derecho*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1990.
74. JENSEN, MICHAEL y MECKLING, WILLIAM. The theory of the firm. *Journal of Financial Economics*, No. 3, 1976.
75. KERKMEESTER, HEICO. Methodology of law and economics: General. *Encyclopedia of law and economics*. En: <http://encyclo.findlaw.com>.
76. KIRZNER, ISRAEL. El empresario. En: *Estudios de economía política*. Traducido por: JESÚS HUERTA DE SOTO, Unión Editorial: Madrid, 1994.

77. KITCH, EDMUND. The intellectual foundations of law and economics. *Journal of Legal Education*, vol. 33, No. 2, 1983.
78. KLEIN, PETER. New Institutional Economics. Encyclopedia of Law and Economics. 1999. En: <http://encyclo.findlaw.com>.
79. KREPS, DAVID. *A course in microeconomic theory*. Princeton: Princeton University Press, 1990, 745.
80. LAFFONT, JEAN-JACQUES y MARTIMORT, DAVID. *The theory of incentives: The principal agent model*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2002.
81. LANCASTER, KEVIN J. A new approach to consumer theory. *Journal of political economy*, No. 74, april, 1966.
82. Law: A Canadian Perspective on the Liability Insurance Crisis, No. 24, *San Diego Law Review*, 1987.
83. LEWELING, KARL. The effect of legal institution upon economics. *American Economic Review*, No. 15, December, 1925.
84. LIBECAP, GARY. *Contracting for property rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.
85. LOCKE, J. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Madrid: Alianza, 1990.
86. MACKAAY, EIAN. *History of law and economics*. Encyclopedia of law and economics. En: <http://encyclo.findlaw.com>.
87. MAINE, HENRY SUMNER. *The Early History of the Property of Married Women, As Collected from Roman and Hindu Law*. A. Ireland and Co. [for the Married Women's Property Committee], Manchester, 1873.
88. MARDONES, JOSÉ MARÍA. *Filosofía de las ciencias humanas y sociales*. Barcelona: Anthropos, 1991.
89. MARK SEIDENFELD, *Microeconomic predicates to law and economics*. Anderson: Cincinnati, Ohio, 1998.
90. MARX, KARL. *A contribution to the critique of political economy*. New York: International, 1981.
91. MERCURO, NICHOLAS y RYAN, THIMOTY. *Law, economics and public policy*. Greenwich, Conn., JAI press, 1984.
92. MISES, LUDWING VON. *Human action*. Mises Institute, Auburn, Alabama, 2003.

93. MULLER, DENNIS. *Public Choice II*. Cambridge University Press, New York, 1990.
94. MULLER, DENNIS. Public Choice: A survey. *Journal of Economic Literature*, No. 14, June 1976, 395-433.
95. MULLER, DENNIS. The "Virginia School" and Public Choice. En: *The public choice approach to politics*. Editado por: MULLER, DENNIS, Elgar Publishing Co, Hants, England, 1993.
96. NORTH, DOUGLAS. *Institutions, Institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, 3.
97. NORTH, DOUGLAS. *Structure and change in economic history*. New York: Northon, 1981.
98. NORTH, DOUGLASS C. 'Economic Performance Through Time', in Alston, LEE J., Eggertsson, Thráinn and North, Douglass C. (eds.) *Empirical Studies in Institutional Change*, New York, Cambridge University Press, 1996.
99. O'DRISCOLL JR, GERALD P. and RIZZO, MARIO J. *The Economics of Time and Ignorance*, London, Routledge (2nd ed.), p. xxii. 1996.
100. OSTROM, ELINOR. *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*. New York: Cambridge University Press, 1990.
101. PEARCE, DAVID y TURNER, KELLY. *Economics of natural resources and the environment*. London: Herverster Wheatsheaf, 1990.
102. PEARSON, HEALTH. *Origins of law and economics: the economists' new science of law*. New York: Cambridge University, 1997.
103. PLANT, ARNOLD. The Economic Aspects of Copyright in Books, *Economica*, 1934, 167-195.
104. POSNER, R. Utilitarianism, economics and legal theory. *Journal of legal Studies*. No. 8.
105. POSNER, RICHARD. *Utilitarianism, ...op. cit.*
106. POSNER, RICHARD. *Values and consequences: An introduction to economic analysis of law. Chicago working papers in law and economics*, 1998.

107. POUND, ROSCOE. The scope and purpose of Sociological jurisprudence. Part I. *Harvard law review*, No. 25, December, 1911.
108. PRIEST, GEORGE. The common law process and the selection of efficient legal rules. *Journal of legal studies*. No. 6. Jan, 1977, p. 65 y ss.
109. RAE, DOUGLAS. Decision rules and individual values in constitutional choice. *American Politic Science Review*, No. 63, March, 1963.
110. REDER, M.W. Chicago economics: Permanence and change. *Journal of Economic Literature*, No. 20, 1982. Citado por: *Introduction to the Handbook on Public Choice Theory*, vol. I. Editado por CHARLES K. ROWLEY. Elgar Publishing Co, Brookfield, Vermont, 1993.
111. RICHARD A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Aspen Law & Business, 5th edition, 1998.
112. RICKER, WILLIAM y ORDESHOOK, P. *An introduction to positive political theory*. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1973.
113. RICKER, WILLIAM. *The theory of political coalitions*. New Haven: Yale University Press, 1962.
114. RIZZO, MARIO J. Law Amid Flux: The Economics of Negligence and Strict Liability in Tort, *Journal of Legal Studies*, No. 9, 291-318.
115. ROTHBARD, MURRAY. *Man, Economy and State*. En: <http://www.mises.org>.
116. ROTHBARD, MURRAY. The anatomy of the state. En: <http://www.mises.org>.
117. Row, cap. 13, 1957, 238-259.
118. ROWLEY, CHARLES K. *Introduction to the handbook on public choice theory*, vol. I. Editado por CHARLES K. ROWLEY, Elgar Publishing co., Brookfield, Vermont, USA, 1993.
119. ROWLEY, CHARLES. Public Choice and the Economic Analysis of the Law. *Law and Economics*: Kluwer Academic Press, 1989.
120. ROWLEY, CHARLES. The Reason of Rules: Constitutional Contract Vs. Political Market Conflict' *The Annual Review of Conflict Knowledge and Conflict Resolution*, vol. 2: 1990.

121. RUBIN, PAUL. Why is the common law efficient? *Journal of legal studies*, No. 6, Jan, 1977, 51.
122. SAMUELS, WARREN J. Commentary: An economic perspective on the compensation problem. *Wayne Law Review*, No. 21, November, 1974, 122.
123. SCHMID, A. ALLEN, 'The Economics of Property Rights: A Review Article', in SAMUELS, WARREN, J. (ed.), *The Chicago School of Political Economy*, East Lansing, Mich., Association of Evolutionary Economics and Michigan State University, 1976, 469-479.
124. SCHMID, ALLAN. *Property, power, and public choice: an inquiry into law and economics*. Second Edition. New York: Praeger, 1987.
125. SCHMID, ALLAN. Law and economics: an institutional perspective. En: *Law and economics*. Editado por NICHOLAS MERCURO. Boston: Kluwer, 1989.
126. SCHMID, ALLAN. Property, power and public choice. Second Edition. New York: Praeger, 1987. SAMUELS, WARREN. *The legal-economics nexus*. *George Washington Law Review*, No. 57, August, 1989.
127. SHOSTAK, FRANK. What is wrong with econometrics? Mises daily article. En: <http://www.mises.org>. Posted: April 22, 2002.
128. SIMON, HERBERT. *Administrative behavior*. New York: MacMillan, 1961.
129. SMITH, ADAM. *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. Fondo de Cultura Económica, México, 1982.
130. SPULBER, DANIEL. *Regulation and markets*. The MIT press, Cambridge, 1989. 49.
131. STIGLER, GEORGE. The theory of economic regulation. *Bell Journal Economics and Management Science*, No. 2, 1971.
132. TAYLOR, M. Proof of a theorem on majority rule. *Behavioral Science*, No. 14, May, 1979.
133. THOUMI, FRANCISCO. Derechos de propiedad en Colombia: debilidad ilegitimidad y algunas implicaciones económicas. *Cuadernos Ocasionales*. Bogotá: Universidad de los Andes, 1996.

134. TREBILCOCK, MICHAEL J. The Future of Tort Law: Mapping the Contours of the Debate, No. 15, *Canadian Business Law Journal*, 1989, 471-488.
135. TREBILCOCK, MICHAEL J. The Social Insurance-Deterrence Dilemma of Modern American Tort.
136. VEBLEN, TORSTEIN. *The theory of business enterprise*. New York: Charles Scribner's sons, 1904.
137. VEBLEN, TORSTEIN. *Theory of leisure class*, New York: Macmillan, 1899.
138. VELJANOVSKI, CENCO G. *The Economics of Law - An Introductory Text*, London.
139. VON GIERKE, OTTO. *Las raíces del contrato de servicios*. Madrid: Civitas, 1982.
140. WAGNER, RICHARD y GWARTNEY, JAMES. Public choice and the conduct of representative government. En: *Public Choice and constitutional economics*. Editado por: WAGNER, RICHARD y GWARTNEY, JAMES. Greenwich, Con.: JAI press, 1988.
141. WEBBER, MAX. *Economía y cultura*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.
142. WICKSELL, KNUTE. A new principle of just taxation. En: *Classics in the theory of public finance*. MacMillan, 1958.
143. WILLIAMSON, OLIVER E. *Mercados y jerarquías: su análisis y sus implicaciones antitrust*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1991.
144. WILLIAMSON, OLIVER E. Transaction Cost Economics: The Governance of Contractual Relations, *Journal of Law and Economics*, 1979, 233-261.
145. WILLIAMSON, OLIVER. *La economía de los costos de transacción*. México: FCE, 1999.
146. WILLIAMSON, OLIVER. *Markets and Hierarchies: Analysis and antitrust implications*. New York: Free Press, 1975.
147. WILLIAMSON, OLIVER. The evolving science of organization. *Journal of institutional and theoretical economics*, No. 149, 1993.