

LA CONSTRUCCIÓN TEÓRICA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Pedro Mercado Pacheco

Profesor titular de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Granada

Hablar del Análisis Económico del Derecho hoy, creo que no es ya una moda, como pudo serlo en su momento. Paulatina y silenciosamente, casi sin estruendo, estudiosos y prácticos del derecho han tenido noticia o han llegado a adquirir un conocimiento, al menos a nivel general, de lo que es el Análisis Económico del Derecho (en adelante AED). Como tal identificamos una corriente teórica surgida en los Estados Unidos y que tiene como característica definitoria la aplicación de las categorías, los instrumentos y el método de la ciencia económica en la explicación y evaluación de las instituciones del sistema jurídico. Hoy el AED se estudia como asignatura en muchos de los nuevos planes de estudios de las licenciaturas de derecho, económicas, empresariales, y proliferan en la formación de postgrado masters y cursos especializados sobre el tema. Y sin embargo, quizás sea más difícil hablar sobre el AED como movimiento teórico que hace diez años.

Definir hoy el AED es una labor de extrema dificultad, porque tras años de desarrollos, debates y críticas, en dicho movimiento se detectan tendencias, autores y perspectivas tanto metodológicas como ideológicas tan distintas que incluso cabría dudar de la utilidad de referirse a dicho movimiento y a todos sus desarrollos como algo homogéneo. No

obstante esa dificultad, es necesario al menos señalar cuáles sean los pilares básicos sobre los que se ha construido este peculiar enfoque económico del derecho, aunque este esfuerzo de presentación de sus tesis fundamentales implique sacrificar en esta exposición los detalles y matices de las numerosas y plurales aportaciones que se inscriben en este movimiento.

I. Las tesis fundamentales del AED

El origen del AED se remonta a los años sesenta con la publicación de dos trabajos uno de R. Coase¹ sobre el problema del coste social y otro de G. Calabresi² sobre el derecho de la responsabilidad civil en los que ya estaban indicadas las principales ideas sobre las que después se desarrollaría el AED. Sin embargo, es a partir de la publicación de la obra de R. Posner, *Economic Analysis of Law* en 1973³ y del debate teórico que surge en torno a él, cuando el AED adquiere carta de naturaleza como una corriente teórica institucionalizada en el panorama de la teoría jurídica contemporánea americana y europea⁴.

¹ R. COASE, «The Problem of Social Cost», *Journal of Law and Economics*, 1960, p. 1 y ss.

² G. CALABRESI, «Some thoughts on Risk Distribution and the law of Torts», *Yale Law Journal*, vol 68 (1981), pp. 499 y ss.

³ R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Little Brown, New York, 1973. Existen numerosas ediciones posteriores y una traducción castellana *Análisis Económico del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998.

⁴ En lo que respecta a España, la recepción de las ideas del AED ha sido reciente; en un primer periodo fueron artículos de presentación general del AED, en especial hay que destacar el trabajo pionero y excelente de Cándido PAZ-ARES, «La economía Política como jurisprudencia racional», *Anuario de Derecho Civil*, 2 (1981), así como los trabajos de Santos PASTOR, «Una introducción al Análisis Económico del Derecho» en *Hacienda Pública Española*, num 89 (1984), p. 137-157 y del mismo autor su monografía *Sistema jurídico y economía. Una introducción al Análisis Económico del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1989; para una panorámica de conjunto puede ser de utilidad el trabajo de Juan TORRES LÓPEZ, *El Análisis Económico del Derecho. Panorama doctrinal*, Tecnos, Madrid 1987 y G. REBUFFA «El análisis económico del derecho» en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, num 25 (1985), p. 101 y ss. Una evaluación de este movimiento desde el ámbito de la filosofía jurídica puede verse en Paloma DURAN LALAGUNA, *Una aproximación al análisis económico del derecho*, Comares, Granada, 1992 y en mi propio trabajo, P. MERCADO PACHECO, *El análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994. También en el ámbito de la filosofía jurídica son de destacar los trabajos de A. CALSAMIGLIA, «Eficiencia y Derecho», *Doxa*, num. 4 (1987), pp. 267 y ss. y «Justicia eficiencia y Derecho» en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, num. 1 (1988), pp. 305 y ss, y los de L. HIERRO, «Contra el imperio de la riqueza (Dworkin versus Posner)», *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, num. 38 (1993), pp. 383-411 y «La pobreza como injusticia (Dworkin v. Calabresi)» en *Doxa*, nums. 15-16 (1994), pp. 945-969.

La novedad con la que se presentaba dicho movimiento era la de constituir un estudio interdisciplinar del derecho que tenía como base la aplicación las categorías e instrumentos de la teoría microeconómica neocásica en general y de una de sus ramas más desarrolladas en nuestro siglo en particular –la Economía del Bienestar– en la explicación del sistema jurídico. En efecto, la relación entre derecho y economía que plantea el AED es completamente nueva respecto a todos los anteriores intentos de combinar ciencia jurídica y ciencia económica en la historia del pensamiento jurídico. El AED lo que hace es establecer el derecho como objeto de estudio desde el punto de vista económico. Esto implica, en primer lugar, que la interpretación y evaluación de una norma se realizan desde los presupuestos de la teoría económica; y en segundo lugar, significa que la racionalidad de la que se dota a las normas y al sistema jurídico en su conjunto es una racionalidad de tipo económico, lo que produce una reformulación del derecho acorde con ese modelo de racionalidad.

Esta reformulación económica del derecho significa colocar en el centro de los estudios jurídicos los problemas relativos a la eficiencia del derecho, el del coste de los instrumentos jurídicos en la persecución de sus fines o el de las consecuencias económicas de las intervenciones jurídicas. Este replanteamiento se realiza mediante la aplicación en el estudio de los diversos sectores del ordenamiento jurídico de una metodología o enfoque económico que pertenece a la peculiar forma de trabajar del economista. En este caso, el economista «propone un nuevo vocabulario y aporta su peculiar estructura analítica para el examen de los problemas jurídicos»⁵ aunque estos no tengan carácter explícitamente económico. En este nivel de intervención, el economista no aporta una información técnica al jurista para que este resuelva el conflicto planteado de la forma más adecuada para el logro del fin económico perseguido. En este caso el economista interviene planteando el tema en términos económicos y adopta una solución «económica» al conflicto jurídico planteado.

Esta reformulación del derecho puede ser ilustrada con las dos aportaciones más conocidas y divulgadas de este movimiento, la teoría económica *positiva* y la teoría económica *normativa* del derecho.

Sintetizando bastante, lo más característico del AED como *teoría positiva* ha sido el de desarrollar, en paralelo al análisis de los efectos económicos de las normas jurídicas, el estudio del sistema jurídico en su conjunto desde un punto de vista económico. Asumiendo esta perspectiva R. Posner ha avanzado la hipótesis de la eficiencia del *common law*, es decir, la hipótesis de que el *common law* o derecho de base judicial

⁵ PAZ ARES, C., «La economía política como jurisprudencia racional», *opus cit.*, p. 612.

promueve la eficiencia económica, que las normas e instituciones del derecho privado patrimonial (propiedad, contratos y responsabilidad) son de hecho eficientes en el sentido económico. La lógica del mercado y la lógica del derecho son idénticas, una «mano invisible» recorre las decisiones de los jueces en el proceso de toma de decisiones induciendo a éstos a adoptar las decisiones congruentes con la lógica de la eficiencia económica: «la hipótesis no es que el *common law* duplique o pueda duplicar los resultados de los mercados competitivos, sino que, dentro de los límites de viabilidad administrativa, el derecho conduce al sistema económico a conseguir los resultados que la competencia efectiva –un mercado en el que no existan externalidades relevantes, monopolios o problemas de información– produciría»⁶.

La tarea de la teoría positiva es, desde este punto de vista, verificar la hipótesis mediante el estudio de las normas y decisiones judiciales. El resultado de ese trabajo de verificación, es la afirmación de Posner de que

«el *common law* exhibe una unidad profunda que es de carácter económico. Las diferencias entre el derecho de propiedad, el derecho de contratos, el derecho de responsabilidad y el derecho de familia, son diferencias principalmente de vocabulario, detalle y de temáticas específicas más que de método o de objetivos. El método del *common law* es asignar responsabilidades entre los individuos involucrados en actividades económicas interrelacionadas de manera que se maximice el valor total de dichas actividades»⁷.

⁶ R. POSNER, «Some Uses and Abuses of Economics in Law», *The University of Chicago Law Review*, vol. 46 (1979), p. 289.

⁷ Vid. R. POSNER, *Economic Analysis of law, op. cit.*, p.180. Esta teoría hace transparente la preferencia otorgada, por parte de determinados practicantes del AED, a los mecanismos jurídicos tradicionales del *common law* sobre la regulación pública o estatal en la consecución de la eficiencia económica. El *common law* es eficiente porque, en cierto sentido, lo único que puede realizar es la eficiencia entendida como maximización de la riqueza: «Los tribunales pueden hacer muy poco en la distribución de la riqueza de una sociedad, por ello sería mucho más sensato que se concentrasen en lo que pueden hacer realmente, es decir, maximizar el tamaño del pastel económico y dejar el problema de repartirlo en las manos de los legisladores que tienen mayores poderes de imposición y de gasto.» (Vid. R. POSNER, «Wealth Maximization and Judicial Decision-Making», *International Review of Law and Economics*, vol. 4 (1984), p.131-132. Esta postura explícitamente sugiere que el principio de eficiencia es un principio o valor técnico o neutral respecto a cualquier conflicto y que el derecho privado tradicional y las decisiones de los jueces son irrelevantes respecto al problema distributivo: «el *common law* es, en su mayor parte, distributivamente neutral» (Vid. R. POSNER, *Economic Analysis of Law, op. cit.*, p. 241). Ambas presunciones caracterizan el trabajo de la corriente mayoritaria, liderada por Posner y ligada a Chicago. El trabajo de verificación de esta teoría del derecho basada en la hipótesis de su eficiencia, llevado a cabo por estos juristas-economistas, es el blanco de todas las críticas que se le han dirigido al AED.

Por otro lado, como *teoría normativa* del derecho, el gran interrogante al que intenta dar respuesta el AED es si el sistema jurídico debe ser eficiente, o lo que es lo mismo, si la eficiencia económica es un valor que fundamente las decisiones jurídicas⁸. En este punto es donde existen mayores diferencias dentro del AED y en el que aparecen diversas tendencias claramente diferenciadas: mientras la tendencia de la escuela de Chicago, con Posner a la cabeza, afirma que el juez no sólo debe de adoptar la decisión eficiente sino que además debe de adoptar ese principio maximizador con exclusión de cualquier otro fin, la eficiencia económica es considerada un adecuado criterio de justicia; por el contrario, la tendencia «liberal-reformista» o «moderada», liderada por Calabresi, rechaza la consideración de la eficiencia económica como único criterio normativo para la decisión jurídica y afirma la necesidad de completar el análisis efficientista con otros valores que integren un concepto más amplio de justicia en el que tengan cabida la equidad o la justicia distributiva.⁹

Al margen de estos dos tipos o ramas del AED, lo que se deduce de esta peculiar mediación normativa de la economía sobre el derecho que caracteriza al AED, es la afirmación de que el derecho tiene una racionalidad económica. Es decir, que el derecho, específicamente el derecho privado patrimonial, responde a una lógica racional que es la lógica de la eficiencia económica. Llevado este presupuesto hasta sus últimas consecuencias, el AED deduce que si toda norma o institución jurídica traducen una norma económica, si la *ratio* de todo conflicto jurídico es, en última instancia, económica, no hay obstáculo para que problemas si-

⁸ Un problema añadido en este ámbito normativo es que la propia noción de eficiencia económica dista mucho de ser una noción unívoca dentro del propio movimiento. En principio, cuando se habla de eficiencia se tiende a identificar a ésta con el criterio paretiano u Óptimo de Pareto. Según este criterio, una decisión social es óptima si no existe otra decisión diferente que se prefiera unánimemente, o expresado de otra manera, una decisión es óptima si alguien puede mejorar su situación sin empeorar la de otro. Este es el criterio generalmente aceptado como definitorio de la eficiencia. Este concepto de eficiencia tiene grandes semejanzas con el criterio Kaldor-Hicks que defiende la eficiencia de una decisión si ésta permite que los que ganan con el cambio puedan compensar con esa ganancia a los que pierden. El criterio Kaldor Hicks se adoptó en la teoría económica para superar las deficiencias del criterio paretiano, sin embargo su problema principal estriba en la asunción del requisito de la compensación sólo en un sentido hipotético o potencial. A estos habría que sumarle el particular concepto de eficiencia entendida como «maximización de la riqueza» defendido por Posner que juzga la moralidad o justicia de cualquier institución o decisión por su capacidad de aumentar la riqueza de la sociedad medida en términos monetarios. Para un examen de los distintos conceptos de eficiencia y de las críticas a ellos dirigidas vid. J. COLEMAN, *Markets, Morals and the law*, Oxford Clarendon Press, 1988. Vid también el Simposio sobre la eficiencia como valor jurídico en el num. 9 (1980) del *Journal of Legal Studies*.

⁹ Vid. P. MERCADO, *EL análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica*, op. cit., cap. I.

milares sean estudiados y evaluados de forma distinta por ciencias separadas. Si todo problema jurídico puede ser «traducido» a términos económicos, la habilitación de la teoría económica para la explicación del sistema jurídico es casi automática.

Los presupuestos teóricos de esa traducción, de esa peculiar mediación normativa de lo económico sobre lo jurídico son básicamente dos:

a) el primero implica una *reformulación de las relaciones entre ciencia jurídica y ciencia económica* al asumir el AED el «enfoque económico del comportamiento humano», característico del fenómeno más general en las ciencias sociales del llamado «imperialismo económico»

b) el segundo, hace referencia no tanto a un problema metodológico o de relaciones entre «ciencia jurídica» y «ciencia económica», sino a la *reformulación de las relaciones entre esfera económica y esfera jurídica, economía y derecho, Estado y mercado*, y al reconocimiento de la función económica del derecho en la asignación eficiente de los recursos que está detrás de los desarrollos teóricos que han puesto un énfasis especial en la consideración de la estructura institucional en la que se desenvuelve todo problema económico y que tienen en los trabajos de R. Coase sobre la externalidad un hito fundamental y que conforman el pilar constitutivo del AED, punto de partida de los trabajos de todos los juristas-economistas sea cual sea la tendencia a la que se inscriban.

La importancia en la construcción teórica de estas dos reformulaciones exigen que nos ocupemos detenidamente en ellas para ilustrar seguidamente cuales son sus consecuencias más importantes en el ámbito jurídico.

2. AED e imperialismo económico: un enfoque económico del comportamiento ante reglas jurídicas

2.1 La economía como teoría general del comportamiento humano

El «imperialismo económico» es la fórmula con la que se alude al fenómeno de expansión de la teoría económica como instrumento analítico en la explicación de cualquier aspecto de la realidad social, aunque éste no revista carácter explícitamente económico. Desde los años sesenta, el análisis económico ha sido utilizado en el estudio de fenómenos tan variados como la política y el funcionamiento de la democracia¹⁰, la familia¹¹, el divorcio¹², problemas de criminalidad¹³, y muchos otros¹⁴.

Lo más significativo de este fenómeno expansionista, sobre todo en lo que afecta a la conceptualización y delimitación que de la ciencia jurídica realiza el AED, es que tras la generalización de las categorías económicas se percibe un cambio en la tradicional división y compartimentación de las ciencias sociales. En ese cambio la teoría económica no se define como una disciplina más entre las ciencias sociales cuyo objeto designe las relaciones mercantiles y monetarias. Por el contrario, existe la autoconvicción entre los economistas de que la teoría económica, y en concreto la teoría microeconómica neoclásica, es un instrumento científico cuyo campo de aplicación rebasa ampliamente la esfera restringida de los problemas de formación de precios en una economía de mercado, y que convierte a la economía en una *teoría general del comportamiento y la interacción humana* susceptible de configurarse como teoría general de la

¹⁰ En este ámbito los trabajos pioneros de la extensión del análisis económico a la explicación de la política han sido, A. DOWNS, *Economic Theory of Democracy*, 1957 (Traducción española, *Teoría económica de la democracia*, Aguilar, Madrid, 1973); J. M. BUCHANAN y G. TULLOCK, *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, 1962 (Traducción española *El cálculo del consenso*, Espasa Calpe, Madrid, 1980); M. OLSON, *The Logic of Collective Action*, Harvard University Press, 1965; W. NISKANEN, *Bureacracy and Representative Government*, Aldive Atheton, Chicago, 1971.

¹¹ Vid. G. BECKER, *Tratado sobre la Familia*, Alianza, Madrid, 1987

¹² Vid. G. BECKER, W. M. LANDES y MICHAEL, «An Economic Analysis of Marital Instability», *Journal of Political Economy*, 85(1977), p. 1141-1187.

¹³ G. S. BECKER, «Crime and Punishment: An Economic Approach», *Journal of Political Economy*, 76 (1968), p. 169-217; I. EHRLICH, «The Deterrence Effect of Criminal Law Enforcement», *Journal of Legal Studies*, 3 (1972), p. 107-164.

¹⁴ Vid. para una aplicación en diversidad de problemas D. C. NORTH y R. LEROY MILLER, *El análisis económico de la usura, el crimen, la pobreza, etcétera*, Fondo de Cultura Económica, México 1976. y J. HIRSHLEIFER, «The Expanding Domain of Economics», *American Economic Review*, 1985.

sociedad. Veamos más despacio los fundamentos y los efectos de este «imperialismo económico».

Si hay algún autor que sintetice este fenómeno expansionista de la ciencia económica de manera meridiana es el economista de Chicago Gary Becker, Premio Nobel de Economía en 1993 y autor de *The Economic Approach to Human Behavior* (1976)¹⁵, obra que es una aplicación del análisis económico a múltiples aspectos del comportamiento humano y cuya introducción puede considerarse todo un manifiesto de las ideas sobre las que se sustenta este fenómeno imperialista.

El punto de partida de Becker es la afirmación de que «lo que distingue verdaderamente a la Economía como disciplina de otras disciplinas dentro de las ciencias sociales no es su temática, sino su enfoque»¹⁶. Para Becker, «la combinación de supuestos: comportamiento maximizador, equilibrio de mercado y preferencias estables, utilizados de forma firme y consistente constituye el núcleo central del enfoque económico»¹⁷. Son estas premisas sobre el comportamiento las que caracterizan lo económico, y su utilización en el estudio de cualquier realidad social identifica a ésta como económica.

Desde este punto de vista, los teoremas fundamentales de la economía basados en esas premisas de conducta son aplicables directamente a fenómenos y realidades considerados convencionalmente como no económicos, toda conducta humana puede ser explicada con los teoremas y categorías surgidas de ese modelo económico de acción. Así, por ejemplo, la ley de la demanda es apta para predecir que un aumento del precio reducirá la cantidad demandada, ya se trate de un aumento del precio de cualquier bien material, ya se trate «de un aumento en el precio «sombra» de los niños, que reduce la demanda de niños»¹⁸ o de un aumento de la pena de un delito (su precio) que reduce la cantidad de delitos cometidos.

En este fenómeno de expansión, categorías como «mercados implícitos», o «precios sombra» permiten la traducción en términos económicos de bienes y fenómenos no mercantiles o patrimoniales. El concepto de coste de oportunidad, al hacer referencia a los costes del uso alternativo de los recursos, permite asignar a toda acción humana un coste, un

¹⁵ G. BECKER, *The Economic Approach to Human Behavior*, University of Chicago Press, 1976. Existe traducción española de la introducción a esta obra bajo el título «El enfoque económico del comportamiento humano», *Información Comercial Española*, enero 1980, pp. 11-18.

¹⁶ Vid. G. BECKER, *opus cit.*, p. 12.

¹⁷ *Ibidem*, p. 13.

¹⁸ Vid. G. BECKER, *opus cit.*, p. 12.

precio que permite hacerlo ingresar en la lógica del cálculo maximizador. Las palabras de Becker son elocuentes al respecto:

«Es claro que el enfoque económico no queda restringido a los bienes y necesidades materiales, ni tampoco al sector de mercado. Los precios, sean precios monetarios o precios 'sombra' imputados de un sector que funciona al margen del mercado, miden el coste de oportunidad de la utilización de recursos escasos, y el enfoque económico predice que, ante variaciones de los precios 'sombra' se producirá el mismo tipo de respuesta que ante variaciones de los precios monetarios»¹⁹.

El carácter patrimonial o pecuniario de los bienes deja de ser una característica que identifica o defina el objeto de la ciencia económica. Si toda acción humana entraña un coste –el valor de las acciones alternativas que se han dejado de realizar para llevar a cabo dicha actividad– no hay aspecto de la conducta humana que escape a la lógica económica.

Lo económico deja de ser algo que pueda ser definido, acotado y delimitado como campo de estudio de una disciplina social. El «imperialismo económico» constituye a la economía en una ciencia sin objeto; en adelante, lo que caracteriza a la economía no es su objeto de conocimiento, sino su modo de operar analíticamente.

Una vez realizada esa ruptura de los límites tradicionales del conocimiento científico-social, y convertido el comportamiento económico maximizador en paradigma explicativo de todo comportamiento, ya no es posible analizar la conducta del hombre desde un punto de vista fragmentario²⁰. El paradigma de comportamiento del *homo oeconomicus* se convierte en potencialmente descriptivo de toda realidad social.

b) De la norma a la acción: el enfoque económico del comportamiento ante reglas jurídicas

En este sentido, el AED puede ser visto como un aspecto más del fenómeno conocido como «imperialismo económico» que asume como punto de partida que los teoremas fundamentales de la economía son

¹⁹ *Ibidem*, p. 13.

²⁰ Gary Becker expresa con meridiana claridad el significado último de esta transformación: «El núcleo de mi argumento es que el comportamiento humano no puede ser compartimentalizado, basándose a veces sobre la maximización y otras veces no, motivado a veces por preferencias estables y otras veces por preferencias volátiles, siendo a veces el resultado de una acumulación óptima de información y no siéndolo otras. Creo más bien que todo el comportamiento humano puede considerarse como realizado por participantes que maximizan su utilidad a partir de un conjunto estable de preferencias y que acumulan una cantidad óptima de información y de otros factores en una variedad de mercados» y que por tanto, «el enfoque económico proporciona un marco valioso y unificado para la comprensión de *todo tipo* de comportamiento humano», *Ibidem*, p.18.

aplicables directamente a fenómenos y realidades considerados convencionalmente como no económicos. Aplicados al derecho transforman también de forma significativa cómo se plantea y cómo se resuelve un conflicto jurídico visto desde la particular óptica que éste enfoque proporciona y que puede ser ilustrado con la tesis conductista o behaviorista del AED.

En efecto, el núcleo teórico del AED que comparten todos los juristas-economistas, sea cual sea la tendencia en la que se inscriban o las ideas que los diferencien entre sí, es lo que ha sido llamado por Kornhauser²¹, *la tesis behaviorista del AED* que afirma que *la teoría económica constituye una teoría capaz de predecir el comportamiento de los individuos en presencia de reglas jurídicas*. Una teoría predictiva y explicativa de dicho comportamiento es posible porque, en primer lugar, el derecho influye en el comportamiento de los individuos (en esto no se innova nada en tanto que todas las teorías del derecho asumen como premisa que uno de los objetivos del derecho es influir en el comportamiento de los individuos imponiendo un modelo de conducta); en segundo lugar que esa influencia sobre el comportamiento humano es de naturaleza económica.

¿Cómo influye «económicamente» el derecho en el comportamiento humano? Existen dos formas a través de las cuales el derecho influye en la conducta:

a) el derecho fija precios para determinadas conductas (una regla de responsabilidad en el ámbito del tráfico no es sino el precio de conducir cuidadosamente), una obligación jurídica impone un coste a la persona obligada, y la teoría económica predice que los actores motivados únicamente por su propio interés elegirán su conducta en función de este precio; El concepto de coste de oportunidad es en gran parte responsable de la habilitación de la teoría económica como teoría explicativa del derecho. En efecto, si el coste de una decisión es medido por su coste de oportunidad, es decir, por el de las decisiones alternativas que se hubieran podido haber elegido, la traducción al lenguaje económico de los costes de las normas y decisiones jurídicas es un paso inmediato. Toda norma jurídica fija el precio, el coste de oportunidad, del comportamiento que se ajuste a la norma o que se aleje de su cumplimiento. El coste de comportarse de acuerdo a derecho es el coste de oportunidad de su posible violación, el coste de conducir prudentemente es la indemnización que en caso de producir daños en un accidente habría que

²¹ L. A. KORNSHAUSER, «The Great Image of Authority», *Stanford Law Review*, vol. 36 (1984), p.353, y del mismo autor el trabajo «El nuevo análisis económico del derecho: las normas como incentivos», en N. MERCURO, *Derecho y economía*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1991.

pagar, el coste de oportunidad de adquirir una mercancía mediante un contrato es la pena que se impondría en el caso de robarla... La aplicación de este concepto a la teoría jurídica permite que todo problema jurídico se traduzca en un problema de elección entre las alternativas posibles en el caso (cumplir el contrato o incumplirlo pagando una indemnización, establecer un sistema de responsabilidad civil por culpa o un sistema de responsabilidad objetiva, penalizar el consumo de drogas o permitir su consumo, etc), alternativas medidas todas ellas por su coste de oportunidad. Desde este punto de vista, el concepto de coste de oportunidad introduce en el ámbito jurídico el análisis coste-beneficio de las alternativas de elección que tiene ante sí el jurista, a la vez que asume que todas las alternativas sean monetizables y cuantificables como supuesto previo de toda comparación.

b) el derecho, en tanto que sanciona una determinada estructura de derechos, especialmente en lo que respecta a los derechos de propiedad, tiene una influencia directa en la eficiente asignación de los recursos de una sociedad. Diferentes estructuras de derechos determinarán diferentes incentivos en la conducta de los individuos (un régimen de propiedad privada o un régimen de propiedad pública determinan un distinto uso de los recursos afectados por esa regulación jurídica).²²

Al margen de estas dos distintas formas de afrontar el tema de la influencia de las normas jurídicas sobre el comportamiento de los indi-

²² Este aspecto del significado económico de las reglas que asignan los derechos sobre los recursos es el ámbito en el que se ha desarrollado el trabajo de los economistas de la llamada escuela de los *property rights*. Los autores más significativos de esta corriente son Harold Demsetz, Armen Alchian, Erik G. Furubotn, Svetozár Pejovich, que iniciaron los trabajos de esta corriente en la década de los años sesenta. Entre estos trabajos pioneros cabe destacar los de H. DEMSETZ, «The Exchange and Enforcement of Property Rights» en *Journal of Law and Economics*, 1964, y «Toward a Theory of Property Rights» en *American Economic Review*, LVIII, 1967. También es importante el trabajo de A. ALCHIAN y H. DEMSETZ, «The Paradigm of Property Rights» en *Journal of Economic History*, vol. 33, num. 1 (1973). Todos estos trabajos han sido publicados en castellano, junto a otros trabajos de esta escuela, en el num. 68 de *Hacienda Pública Española* de 1981. Una evaluación de las aportaciones de esta corriente es el trabajo de Santos PASTOR, «El análisis económico de los derechos de propiedad», *Anuario de Derechos Humanos*, num. 7, 1990, pp. 141 y ss. Uno de los ejemplos que pueden ilustrar este enfoque de los incentivos sobre la conducta de diversos regímenes legales es la explicación de los problemas de sobreexplotación de la propiedad común sobre la base de los derechos de uso y de transferencia inherentes a dicho régimen. Así, al estar permitido el uso para todos, cada cotitular elige sobreexplotar el recurso poseído en común, a la vez que la no posibilidad de transferencia de ese derecho incrementa los costes de transacción y hace imposible una negociación para que un individuo adquiera un derecho de uso exclusivo. Vid al respecto H. DEMSETZ, «Hacia una teoría de los derechos de propiedad», *opus cit.*, p. 291-294. Para un argumento específico contra la propiedad común vid. G. HARDIN, «The Tragedy of the Commons», *Science*, num. 162 (1968), pp. 1243-1248.

viduos, la adopción de esta perspectiva conductista sustentada por el AED tiene un efecto fundamental en la concepción del sistema jurídico. En efecto, lo que distingue al AED es asumir una perspectiva en la que el concepto, contenido y estructura de la norma como elemento central de la reflexión jurídica deja paso a una concepción del derecho en la que el elemento central es la acción racional de los individuos ante las normas jurídicas. Desde esta perspectiva, la función del derecho no consiste en la construcción de una moral pública, o en resolver disputas bajo los criterios de valor implícitos en las normas jurídicas, sino en guiar y planificar cursos de acción eficientes desde el punto de vista económico. Como resume lacónicamente Priest, «*the purpose of law, from an economic viewpoint, is to guide behavior, not to settle disputes*»²³. El sistema jurídico aparece reformulado como un *sistema de incentivos y rémoras* que encauzan la conducta de los individuos hacia los cursos de acción congruentes con los objetivos que ha de implementar el derecho. Las normas jurídicas incentivarían y desincentivarían mediante el establecimiento de los «precios» de las distintas alternativas de acción, los resultados congruentes con la lógica de la eficiencia económica²⁴.

La adopción del comportamiento de los individuos ante las normas jurídicas como eje del análisis produce, a su vez, cambios en la perspectiva de análisis del sistema jurídico respecto a la teoría tradicional. Uno de los efectos inmediatos es el cambio en el propio objeto de estudio, es decir, en los materiales primarios del análisis. La teoría convencionalista o tradicional utiliza los *textos* legales y las opiniones judiciales como su material de estudio básico. El AED otorga menos relevancia a los textos y más a la observación directa de la conducta de los individuos. Desde este punto de vista, el AED continúa la tradición del realismo jurídico en su preferencia a concebir *Law in action* más que *Law in books*. La característica distintiva del AED respecto al realismo es que el movimiento realista centró su análisis en la conducta efectiva de los jueces y otros operadores jurídicos, pero no en la conducta de los destinatarios de las normas jurídicas, como hace el AED.

Por otro lado la introducción en el derecho de una teoría de la acción basada en el modelo de acción racional económica implica la introducción en el análisis de los problemas jurídicos del enfoque *ex ante* que caracteriza al análisis económico y que permite predecir las respuestas de los individuos ante los cambios legales en virtud de sus expectativas sobre el futuro.

²³ Vid. G. L. PRIEST, «Selective Characteristics of Litigation», *Journal of Legal Studies*, vol. 9 (1980), p. 322.

²⁴ Vid. C. PAZ-ARES, «La economía política como jurisprudencia racional», *opus cit.*, p. 626.

Este enfoque *ex ante* transforma de manera significativa la visión del conflicto jurídico y el alcance de la decisión jurídica que ha de poner fin a dicho conflicto. El AED, en este sentido, no considera la regulación jurídica como un conjunto de hechos pasados cuyos efectos van a ser evaluados, sino como sistemas de incentivos que influirán decisivamente en las acciones futuras de los individuos afectados:

«La naturaleza *ex ante* del enfoque económico es quizás la mayor diferencia entre éste y el análisis legal ortodoxo que mira a los hechos pasados y a los actuales casos, es decir, es un, enfoque *ex post*»²⁵.

Esta orientación hacia el futuro transforma el objeto que queda sometido a juicio y evaluación jurídica. Para decirlo con otras palabras, mientras el jurista al establecer el problema jurídico relevante utiliza un *marco temporal estrecho*, es decir, fija su atención en el momento en que las acciones individuales infringen determinadas reglas jurídicas, el jurista-economista insiste en un *marco temporal amplio*. Lo que nos indica el AED es que las historias legales no empiezan en el momento en que se manifiesta el problema, sino en un punto anterior en el tiempo que permita enjuiciar el modo en que las partes habrían podido reorganizar sus actividades para evitar el problema. Desde un punto de vista económico el problema jurídico es enjuiciar la conducta futura de los individuos ante los incentivos fijados por las normas jurídicas. Así, por ejemplo, uno de los criterios de imputación de la responsabilidad civil en el AED ha sido el del «cheapest cost avoider». Dicha regla viene a decir que el daño producido por un ilícito debería recaer sobre aquella parte que pudiera haberlo evitado con el menor coste posible. El juicio de responsabilidad recae sobre la situación anterior a la producción de los daños o perjuicios. La decisión se sitúa en el momento que las partes se encontraban antes de que el hecho dañoso se produjera, y la evaluación de su conducta es una evaluación de la conducta de cada uno de ellos de acuerdo con el parámetro de racionalidad económica.

Este enfoque *ex ante*, o lo que es lo mismo, esta orientación hacia el futuro no es simplemente un giro retórico, sino que predetermina la función de múltiples instituciones y sectores del ordenamiento jurídico.

Así, por ejemplo, el derecho de responsabilidad civil ha tenido tradicionalmente como función la perfecta reparación o compensación de los daños causados por los ilícitos civiles. Desde el punto de vista del AED, por el contrario, la función primordial del derecho de la responsabilidad civil no es su función compensatoria o reparadora sino el de la prevención de los daños futuros. Como argumentan Schäfer y Ott:

²⁵ Vid BURROWS y VELJANOVSKI, *The Economic Approach to Law*, *opus cit.*, p. 5.

«muchos datos parecen indicar una discrepancia difícil de superar entre el concepto económico y jurídico del derecho a la indemnización de daños y perjuicios: en la dogmática jurídica existe una gran unanimidad en que la *función de prevención* sólo representa un 'producto de ocasión accesorio' del derecho de responsabilidad civil y que retrocede al *principio de compensación* puro. (...) la verdadera tarea del derecho a la indemnización por daños consiste en compensar las pérdidas del perjudicado mediante el traspaso del daño al causante»²⁶.

En perspectiva económica, un ilícito civil ocasiona unos daños, unos costes o pérdidas a los perjudicados; por otra parte, prevenir este tipo de daños implica el gasto de determinados recursos. Para el AED el objetivo de las normas de responsabilidad civil no es el de conseguir la eliminación y compensación de todos los accidentes, sino el de conseguir un nivel justificado u óptimo de accidentes que equilibre la suma de estos dos tipos de coste. Para decirlo en palabras de Calabresi, «la función principal de la responsabilidad civil es la de reducir la suma de los costes de los accidentes y de los costes de evitarlos»²⁷.

Y lo mismo cabe decir del derecho penal. El derecho penal, desde este punto de vista, asume una función de predicción y planificación de conductas mediante la creación de incentivos o desincentivos económicos para determinadas acciones; tales incentivos y desincentivos en un sistema de sanciones que serán determinadas atendiendo al cálculo de costes y beneficios de su administración y de su efecto disuasorio sobre las conductas futuras²⁸.

²⁶ Vid. H-B. SCHÄFER y C. OTT, *Manual de análisis económico del Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 149.

²⁷ Vid. G. CALABRESI, *El coste de los accidentes*, *opus cit.*, p. 44.

²⁸ Un ejemplo de esta clase de estudio es el trabajo realizado en el ámbito del análisis del fenómeno de la criminalidad, y en especial la cuestión del efecto disuasorio de las penas. La hipótesis sustentada por la teoría económica es que la pena funciona como el precio que ha de pagar una persona para adquirir un bien determinado. Cuanto mayor es el precio (la pena) a pagar por delinquir, menor será el número de que se cometerán. El nivel óptimo de castigo, es decir el precio o pena óptima, es una función de dos elementos: la severidad de la sanción y la probabilidad de que se imponga cuando se cometa el delito. La teoría predice que ante un aumento de uno de esos elementos se reducirá la tasa de delitos. El problema siguiente estará en ver cuáles son los costes de la elección del legislador, en el caso de que opte por un aumento de la probabilidad de imposición de las penas (lo que conlleva el empleo de grandes recursos sociales como el incremento de la policía, de los jueces, fiscales, cárceles, etc) o bien por un aumento en la severidad de las penas. La fase final de éste análisis será la comprobación de la hipótesis disuasoria con la experiencia, utilizando las técnicas estadísticas y econométricas, es decir se trata de demostrar si el aumento del precio del delito realizado por el legislador –por ejemplo, el incremento de las penas de los delitos relativos al consumo y tráfico de drogas– hace descender de hecho el número de delitos cometidos. El trabajo más representativo de estos estudios de impacto legal es el realizado por I. ERLICH «The Deterrence Effect

3. El derecho como mecanismo de asignación y distribución de recursos: Teorema de Coase y AED

El otro pilar constitutivo del AED, no reside ya en un cambio epistemológico de relación entre ciencia jurídica y ciencia económica, sino en la reformulación de las relaciones entre sistema económico y sistema jurídico y en la reformulación de la función económica del derecho, esto es, su concepción como mecanismo de asignación y distribución de recursos.

Los desarrollos en la teoría económica durante los últimos años habían puesto un énfasis especial en la consideración de la estructura institucional en la que se enmarcaba todo problema económico. La clave para comprender teorías como la de la Elección Pública o de los *property rights* está, creo, en la reformulación de la teoría neoclásica para hacer entrar en ella todos los nuevos problemas que la intervención estatal en la economía había puesto de manifiesto durante la experiencia del *welfare state*. Desde este punto de vista, el problema de los efectos externos se manifestaba como uno de los más importantes fallos del mercado que justificaba la intervención y regulación pública de la economía. Reformular el problema de la externalidad, tal y como lleva a cabo R. Coase, era también cambiar las bases de la relación entre economía y derecho, entre Estado y mercado, que habían sostenido la política económica del Estado del Bienestar y sus desarrollos legislativos y administrativos, a la vez que en dicha reformulación pasaba a primer plano la función del derecho en la asignación eficiente de los recursos de una sociedad. Detengámonos en este paso fundamental.

3.1 De la teoría de la externalidad a la teoría económica de las instituciones jurídicas: el Teorema de Coase

Ronald Coase, en un artículo, ya famoso, publicado en 1960²⁹, hizo una crítica radical a los planteamientos de Pigou, dando paso a un nuevo enfoque en el tratamiento tanto económico como jurídico del problema de la externalidad.

of Capital Punishment: A Question of Life and Death», *American Economic Review*, vol. 65 (1975), p. 397-417. Un tipo de análisis de estas características, pero con importantes correcciones al modelo expuesto, son los trabajos de Santos PASTOR en el ámbito de la políticas criminales contra la droga. Vid. al respecto: «Heroína y política criminal: un enfoque alternativo» en *La problemática de la droga en España (Análisis y propuestas político-criminales)*, Edersa, Madrid, 1986 y «Derecho Penal, política criminal y economía: un intento de generalización» en *Homenaje al profesor Jiménez de Asúa*, Revista de la Facultad de Derecho de la UCM, num. 11, 1985.

²⁹ COASE, R. «The Problem of Social Cost» en *Journal of Law and Economics*, vol III, octubre 1960. Hay versión castellana en *Hacienda Pública*, num.68, 1981. y también en la recopilación en castellano de los trabajos más importantes de R. COASE, *El mercado, la empresa y la ley*, Alianza Editorial, Madrid, 1998.

¿Qué es una externalidad? El «efecto externo» o «externalidad» definirse como «cierto tipo de efecto favorable o desfavorable producido por un agente económico (un individuo o una empresa) sobre la producción, renta, ocio o bienestar de otro agente económico, siendo un efecto tal que el carácter de las instituciones sociales, jurídicas y económicas no permiten el pago o ingreso de un precio por el beneficio o daño causado por dicho efecto».³⁰

Una externalidad sería un coste o un beneficio que no asume quien lo causa y que forma parte de su actividad económica. El ejemplo de Pigou para explicar estos efectos externos es el de una planta industrial que emite humos o vierte residuos en una determinada área en detrimento del disfrute y de la renta de los habitantes de la zona, pero que no está obligada a pagar un precio por el daño que ocasiona a terceros.

Para Pigou la existencia de externalidades es síntoma de un fallo del mercado para autorregularse y mantener una situación de equilibrio eficiente tal y como mantenía la teoría neoclásica tradicional. Por ello, se hace necesaria la intervención del Estado para corregir esos fallos, para «internalizar» la externalidad. El Estado debería compeler a la actividad causante de un coste o efecto externo a soportar los costes que tal efecto provoca sobre terceros mediante de los mecanismos jurídicos más adecuados que en el esquema pigouviano son: el sistema fiscal (mediante impuestos y tasas que graven dicha actividad), una norma de responsabilidad jurídica que imponga la indemnización a los perjudicados o, por último, la prohibición de dicha actividad.

Pues bien, la intención de fondo del ensayo de Coase es la negación de la necesidad «a priori» de la intervención del Estado para corregir fallos de mercado manifestados por la existencia de externalidades y mostrar cómo dicho problema puede ser resuelto desde el interior de los mecanismos autorregulativos de negociación del mercado.

La tesis de Coase, sumariamente, es que todos los agentes involucrados en un problema de efectos externos llegarán, en un momento dado, a negociar entre sí el efecto externo, alcanzando una solución óptima (que beneficia a las dos partes) sobre el conflicto planteado.

Ahora bien, esta solución negociada sólo será posible cuando se den dos condiciones fundamentales en el esquema coaseano:

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

³⁰ Vid NATH, S. H. *Una perspectiva de la economía del Bienestar*, Barcelona, 1976, p. 54-55.

b) La segunda, y base de toda la teoría de Coase, es que *los costes de transacción sean cero*. ¿Qué son los *costes de transacción*? Son todos los costes necesarios a las partes para llegar a una reglamentación autónoma de sus relaciones contractuales. Costes de transacción serían los costes de saber con quién se va a contratar, de informar a las demás partes que se quiere contratar, de conducir las negociaciones, de delinear el contrato y de exigir su cumplimiento³¹.

Cumplíendose esas dos condiciones, el efecto externo se internalizaría a través de una negociación que reasignaría los derechos sobre los recursos de una forma eficiente.

Esta tesis de la internalización de los efectos externos a través de una solución negociada, o de mercado, tiene unos presupuestos determinados.

1) Para Coase, el problema de la externalidad no es una cuestión de quién causa el daño o el perjuicio en los casos de usos incompatibles de los recursos, porque todo problema de externalidad es un *problema recíproco, no causal*³²:

«El enfoque tradicional ha tendido a oscurecer la naturaleza de la elección que hay que hacer. Ordinariamente, tal y como se plantea la cuestión, A ocasiona perjuicios a B, y lo que es preciso decidir es cómo hay que poner coto a las acciones de A. Pero esto es erróneo. Nos estamos ocupando de un problema de naturaleza recíproca. Lo que hay que decidir, en realidad, es si hay que dejar que A perjudique a B o hay que dejar que B perjudique a A. El problema consiste en evitar el perjuicio más grave(...) hemos citado el ejemplo del confitero cuyos ruidos y trepidaciones perturban a un médico durante las horas de consulta. Para evitar perjudicar al médico sería preciso perjudicar al confitero. En este caso concreto el problema consistía en averiguar si merecía la pena, como resultado de la limitación de los métodos de producción usados por el confitero, asegurar más producción médica a costa de reducir la oferta de productos de confitería. Otro ejemplo lo ofrece el problema del ganado errabundo que destruye cultivos de tierras vecinas. Si resulta inevitable que algún ganado pague a placer, el aumento de la producción de carne sólo se podría conseguir a expensas de una reducción de la oferta de cultivos. La naturaleza de la elección es clara: carne o cultivos. Naturalmente, la respuesta a la pregunta no es clara a menos que conozcamos el valor de lo que se obtiene, así como el valor de lo que se sacrifica para obtenerlo. Citando otro ejemplo, el profesor Stigler menciona la contaminación de un río. Si asumimos que el efecto perjudicial de la contaminación es el culpable de la muerte de los peces, lo que hay que decidir es si el valor de los peces perdidos es mayor o menor que el del producto que hace posi-

³¹ Sobre el concepto de costes de transacción vid. CHEUNG, S. *El mito del coste social. Crítica de la Economía del Bienestar y de sus implicaciones políticas*, Instituto de Economía de Mercado, Unión Editorial, Madrid, 1980, p. 25.

³² Vid R. COASE, «El problema del coste social», *opus cit.*, p. 245 y 246.

ble el proceso que origina la contaminación del río. Huelga decir que este problema debe enjuiciarse en total y en el margen».³³

El problema económico, por tanto, en esta perspectiva no está en identificar la actividad causante del efecto externo, «el problema económico en todos los casos de efectos perjudiciales es cómo maximizar el valor de la producción»³⁴.

2) La crítica al concepto de externalidad pigouviano implica, a su vez, una crítica al «optimismo institucional» que late en el fondo del enfoque tradicional de que las intervenciones administrativas puedan por sí mismas operar una internalización del efecto externo que no tenga costes, olvidando que el problema de la externalidad es el de conseguir una maximización total del producto social, o lo que es lo mismo, la elección, entre las alternativas de acción existentes, de la que menos cueste. Para Coase la cuestión se reduce al análisis coste-beneficio de las distintas alternativas.³⁵

La crítica más relevante de Coase en este sentido es contra la afirmación pigouviana de que la «máquina administrativa del Estado opera sin costes. Pensar en un mundo en el que las operaciones jurídicas de asignación y distribución de derechos sobre el uso de los recursos no engendran coste alguno es situarse en un plano de la irrealidad. Según Coase toda acción pública genera un aumento de los aparatos administrativos y de sus costes. Además, la tarea del Estado como reductor de costes sociales opera en condiciones de monopolio, sin incentivos para reducir los costes de su propia actuación administrativa, lo que puede provocar, por la generalidad de sus mandatos, que se reglamenten situaciones que no necesiten de una intervención para llegar a una solución eficiente».³⁶

³³ COASE, *opus cit.* p. 245.

³⁴ *Ibidem*, p. 254.

³⁵ «La mayor parte de los economistas no parecen percatarse de todo esto. Cuando no pueden dormir por la noche a causa del rugido de los reactores sobre sus cabezas (autorizados y tal vez operados por el propio Estado) no pueden pensar (o descansar) durante el día debido al ruido y a las vibraciones de trenes en marcha (autorizados y tal vez operados por el propio Estado), les resulta difícil respirar debido al olor que desprende un terreno destinado a recibir residuos de alcantarillado... cuando sus nervios están en tensión y su equilibrio mental está trastornado, comienzan a denunciar las desventajas del sistema privado y la necesidad de una reglamentación estatal. Al tiempo que la mayoría de los economistas parecen tener una idea falsa del carácter de la situación que les ocupa, también es el caso que las actividades que quieran ver restringidas o suprimidas puedan ser socialmente justificables. Todo es cuestión de sopesar las ganancias derivables de la supresión de esos efectos nocivos frente a las ganancias que se producen si se permite que continúen produciéndose». *Ibidem*, p. 262.

³⁶ «Al elegir entre arreglos sociales en cuyo contexto se toman decisiones individuales debemos tener presente que un cambio en el sistema existente que conduzca

En definitiva, las ideas de Coase apuntan a la afirmación de que el problema del coste social era un «mito», panacea justificadora de la intervención estatal en la corrección de las imperfecciones del mercado. Frente a ello, Coase afirma que el mercado, y las instituciones de derecho privado que lo sustentan, son un instrumento eficaz para la resolución del conflicto planteado; el problema está en que los mercados no pueden funcionar por la existencia de costes de transacción. No es el mercado quien falla, sino la estructura institucional del Estado la que provoca los efectos externos.

Esta relación entre el derecho y la función económica de reducción de costes sociales y maximización del producto social es la que queda recogida en lo que hoy se conoce como el *Teorema de Coase*. Según éste, en una situación en la que los *costes de transacción sean nulos o insignificantes*, la solución del problema de la externalidad será siempre eficiente a través de un proceso de negociación entre todos los sujetos implicados en ella. Cuando no existen costes de transacción, la asignación operada por el ordenamiento jurídico de los derechos sobre los recursos es indiferente para la consecución del objetivo eficiente: «siempre es posible modificar mediante transacciones en el mercado la delimitación inicial de derechos. Y naturalmente si esas transacciones no engendran costes, esa reordenación tendrá siempre lugar si conduce a un aumento del valor de la producción.»³⁷

Ejemplo: Una fábrica de productos químicos vierte sus residuos sobre un río del que riegan sus cultivos cinco agricultores, propietarios de fincas vecinas a la fábrica y que han sufrido daños en sus cultivos causados por la constaminación del agua por un valor de 50.000 pesetas cada uno, que hacen un total de 250.000 pesetas. Estos daños causados podrían evitarse de dos formas: o bien instalando un colector de residuos en la fábrica con un coste de 100.000 pesetas, o bien, instalando una depuradora de agua en cada una de las cinco fincas vecinas, con un coste por depuradora de 30.000 pesetas, lo que hace un total de 150.000 pesetas.

Lo que Coase plantea es que el resultado eficiente se produciría al margen de que el derecho estableciese un derecho a contaminar o un derecho al agua limpia.

En el caso de que existiese un derecho al agua limpia (o lo que es lo mismo, que la el derecho estableciese una norma de responsabilidad que

a una mejora de algunas decisiones puede llevar también al empeoramiento de otras. Además debemos tener presentes los costes que entraña la operación de los diversos arreglos sociales (ya se trate del funcionamiento de un mercado o de un departamento de la administración), así como los costes que entraña pasar a un nuevo sistema. A la hora de arbitrar arreglos sociales y de elegir entre ellos debemos fijar la vista en el efecto total. Por encima de todo, éste es el cambio de enfoque que hemos estado defendiendo en nuestro estudio». *Ibidem*, p. 274.

³⁷ *Ibidem*, p. 254.

obligase a la fábrica a la indemnización de los daños causados) la fábrica se encontraría ante tres posibles soluciones: seguir contaminando y pagar la indemnización de 250.000 pesetas por los daños causados; instalar el colector de residuos con un coste de 100.000 pesetas; o, por último, comprar a cada una de las fincas vecinas con un coste total de 150.000 pesetas. La fábrica optará por la solución más eficiente, esto es, comprará el colector de residuos.

En el caso de que el derecho estableciese un derecho a contaminar (por ejemplo, porque el nivel de vertidos estuviese por debajo del requerido en la legislación para poder exigir responsabilidad), los agricultores tendrían también tres alternativas: sufrir el daño de 250.000 pesetas; comprarse cada uno una depuradora de agua con un coste total de 150.000 pesetas; o bien, ponerse de acuerdo entre ellos y comprar a la fábrica el colector, con un coste de 100.000 pesetas. Los agricultores, elegirían la solución eficiente de comprar el colector para la fábrica.

La solución eficiente, la instalación del colector, se alcanza con independencia de la atribución de derechos que establezca el ordenamiento jurídico, siempre y cuando los costes de transacción sean negativos (que no cueste nada a los agricultores ponerse de acuerdo y contratar con la fábrica la compra del colector).

En estas situaciones la *estructura de derechos establecidos se muestra como una estructura redundante respecto a la del mercado*. La función del derecho en estas situaciones es la de proveer las condiciones ambientales de tal mercado, es decir, la seguridad y la libertad de contratación. En este sentido la función del derecho «si las transacciones del mercado no entrañasen costes lo único que importa (dejando al margen cuestiones de equidad) es que los derechos de las diversas partes estén bien delimitados y que sea fácil predecir los resultados de las acciones legales»³⁸. La función del derecho cuando no existen costes de transacción es la de la constitución y facilitación del mercado, es decir, proveer de una estructura de derechos perfectamente delimitados que puedan ser negociados a través de contratos entre los particulares con el objeto de que el uso de los recursos esté en manos de aquellos que más lo valoren.

En el caso de que los *costes de transacción sean positivos* (lo que sucede en la mayoría de los casos reales) la solución eficiente no podría producirse con independencia de la norma jurídica elegida, de la delimitación de derechos establecidos.

Ejemplo. En el caso anterior, si los costes de transacción fuesen positivos, es decir, en el caso de que, por ejemplo, los costes de llegar a un acuerdo (los gastos en asistencia legal, los costes de conseguir la información necesaria para el acuerdo, el valor del tiempo perdido en la negociación, etc.) fuesen de 15.000 pesetas para cada uno de los agricultores, la

³⁸ *Ibidem* p. 257.

solución eficiente no se logra al margen de la delimitación de derechos realizada por el ordenamiento jurídico.

En el caso de que exista un derecho al agua limpia, las solución sería la misma que si no existiesen costes de transacción: la fábrica instalará el colector con un coste de 100.000 pesetas porque es más barato que tener que pagar la indemnización de 250.000 pesetas o que comprar cinco depuradoras con un coste total de 150.000.

En el caso de existiese un derecho a contaminar, los agricultores o sufren los daños de 250.000 pesetas, o se compran la depuradora para su finca con un coste total de 150.000, o llegan a un acuerdo para comprar un colector de la fábrica con un coste de 175.000 pesetas, 100.000 pesetas que cuesta el colector más 75.000 que es lo que cuesta a los agricultores llegar a un acuerdo. En este caso de costes de transacción positivos, los agricultores elegirán comprarse cada uno la depuradora de agua, una solución ineficiente.

La delimitación de derechos es determinante cuando existen costes de transacción para conseguir la solución eficiente del conflicto.

En este caso «parece deseable que los tribunales comprendan cuales son las consecuencias económicas de sus decisiones y las tengan en cuenta al decidir»³⁹. En este caso las normas preferibles son aquellas que reduzcan al mínimo los costes de transacción. De forma que el Estado a través del derecho decidirá tal y como lo habría hecho el mercado si los costes de transacción hubiesen sido negativos (en el ejemplo analizado, se trataría de establecer el derecho al agua limpia porque es la solución que lleva al mismo resultado, la instalación del colector, que se hubiese alcanzado si no existiesen costes de transacción). El derecho actuaría por tanto como un *mercado simulado*. La importancia de esta segunda versión del teorema de Coase es trascendental.

Estas ideas marcan un programa no sólo de política económica, sino también de política jurídica. En efecto, lo que Coase plantea es la utilización de los institutos de derecho privado como mecanismos eficientes en la internalización de los efectos externos, o lo que es lo mismo, un sistema descentralizado de control de la externalidad basado en la autonomía de la voluntad de los sujetos afectados. En efecto, al haber puesto de manifiesto que el origen de la externalidad está en la presencia de obstáculos que hacen posible la negociación, la política jurídica alternativa a la regulación administrativa del conflicto es la redefinición de las estructuras de derechos sobre los recursos al efecto de hacer posible la solución eficiente del conflicto. La modelación de un derecho acorde al objetivo de la eficiencia en la asignación de los recursos es el programa que emerge de estas ideas y que constituye el punto inicial del AED.

³⁹ *Ibidem*, p. 257.

Además, plantear el problema de los costes de transacción transforma la visión del discurso jurídico convencional en tanto que subraya la existencia de costes en la actuación de la maquinaria jurídica, es decir, supone introducir en el universo del pensamiento jurídico el *problema del coste del derecho*, el coste de la consecución de los objetivos que persiguen las normas jurídicas. El concepto de costes de transacción es una herramienta útil para profundizar en el problema de las regulaciones jurídicas ineficientes y de las consecuencias económicas que ha tenido la complejización y tecnificación de las instituciones jurídicas en un mundo hiperlegalizado como el nuestro. La política jurídica adecuada, en el esquema de Coase, parece ser una política jurídica que diseñe instituciones que reduzcan al máximo los costes de transacción, instituciones simples y flexibles que hagan viables negociaciones eficientes. Un derecho preventivo, en definitiva, frente al derecho represivo o restaurador de situaciones subjetivas. Un derecho que instituya las condiciones para que las decisiones sean tomadas, frente a un derecho que decide mediando como árbitro de conflictos.

La directriz que emana de estas prescripciones es la estructuración de un sistema jurídico racionalizado de acuerdo con el objetivo de la eficiencia en la distribución de los recursos. Si la asignación eficiente de los recursos de una sociedad es el objeto de la ciencia económica neoclásica y si los desarrollos de Coase y de los teóricos de los *property rights* demuestran que ese objetivo no puede ser realizado sin un adecuado estudio de las estructuras jurídicas e institucionales que predeterminan todo problema económico, el nacimiento de una teoría económica del derecho que postule la racionalización del derecho de acuerdo con el objetivo de eficiencia económica no es sino una consecuencia de los pasos anteriormente dados.

El AED, partiendo de esas ideas no hace sino aplicar al estudio del sistema jurídico los instrumentos (externalidad, derechos de propiedad eficientes, reducción de costes de transacción...) que el análisis de Coase ya había puesto de manifiesto y que forman los pilares conceptuales básicos con los que el jurista economista construye una teoría completa del sistema jurídico desde el punto de vista económico.

La teoría de Posner, como también la de Calabresi, aunque ésta con importantes matizaciones, son fruto de la extensión al ámbito de la teoría jurídica de las ideas que en su germen ya estaban anunciadas en el ensayo de Coase. En ambos, el punto de partida es la búsqueda de instituciones jurídicas eficaces en la tarea de reducción de las externalidades y en la formulación de una teoría del ordenamiento jurídico que asuma la realidad del coste del derecho y de la evaluación de las distintas políticas de regulación jurídica desde el punto de vista de la eficiencia. Esto se traduce en la teoría de Posner y de la corriente mayoritaria la cons-

trucción de un sistema jurídico eficiente que tenga como fin primordial la reducción de costes de transacción y la internalización de efectos externos, presupuestos para que la solución del mercado sea la que prevalezca y que tendría como bases:

a) En primer lugar, un sistema de *property rights* eficiente que se traduce en un sistema de derechos de apropiación de los recursos con las características de *universalidad* («todos» los recursos escasos han de ser susceptibles de apropiación privada) *exclusividad* (posibilidad, garantizada jurídicamente, de excluir a los demás del uso del recurso de que se trate) y *plena transferibilidad* (todo derecho debe ser susceptible de ser transferido mediante la contratación)⁴⁰. Este sistema de derechos de apropiación permite establecer los puntos de partida de toda posible negociación para reducir los efectos externos, identifica los sujetos dañados y perjudicados así como el contenido de aquello que ha de ser objeto de negociación. La función del sistema de derecho de propiedad no es sino la función de *constitución* del mercado en base a derechos que asumen la forma de derechos subjetivos privados sobre el uso de los recursos⁴¹.

b) En segundo lugar, un derecho de contratos al que incumbiría la función de *facilitación del mercado*⁴², es decir, disciplinar el intercambio de *property rights* para que éste consiga el resultado eficiente: la asignación de la titularidad de los derechos a aquellos que más los valoren, a aquellos que estén dispuestos a pagar más por su uso en un proceso de negociación. En este sentido, el derecho de contratos cumple dos funciones básicas: en primer lugar, una *función de disuasión* cumplida por el reconocimiento legal del carácter vinculante del acuerdo y la responsabilidad por incumplimiento y, en segundo lugar, una *función de información*, que se concreta en la reducción de costes de transacción (la existencia de un derecho de contratos preciso y flexible permite a las partes ahorrarse el coste de creación y exigencia de normas que de otro modo tendrían que crear) y en el establecimiento de condiciones generales que planifiquen las acciones futuras y eviten el coste de negociar particularmente todas las contingencias que pudieran surgir en el cumplimiento del acuerdo.

c) En tercer lugar, un sistema de responsabilidad civil para los casos en los que el mercado no pueda funcionar por la existencia de externalidades provocadas por altos costes de transacción y en los que se resuelva el conflicto de derechos adoptando una decisión en sustitución del mercado. Cuando el mercado no puede funcionar porque el intercambio

⁴⁰ Vid. R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, pp. 27-31.

⁴¹ Vid. C. PAZ ARES, «La economía política como jurisprudencia racional», *opus cit.*, p. 682.

⁴² *Ibidem.*, pp. 662-683; vid. también J. TORRES, *El análisis económico del derecho*, *opus cit.*, pp. 55-60.

voluntario es muy costoso, ingresamos en el área de la responsabilidad civil, cuya función consiste en la *sustitución del mercado*, función que lleva a cabo decidiendo, asignando derechos (derecho a ser indemnizado, por ejemplo) a quién más beneficien y obligaciones a quién pueda soportarlas con el menor coste, cumpliendo así con la lógica racional que hubiera dictado el mercado en el caso de inexistencia de costes de transacción.

Si el derecho de propiedad es el instrumento de constitución del mercado, el contrato su mecanismo de facilitación y la responsabilidad civil el sustituto que reproduce su decisión, no nos debe extrañar que el sistema jurídico se convierta en un «meta-mercado institucional»⁴³.

o) Análisis económico del derecho y función de asignación y distribución de recursos del sistema jurídico

El programa emergente de las ideas de Coase sobre el coste social y que ha sido desarrollado por el AED parece situarnos ante sendas ya transitadas en la teoría jurídica. En efecto, la desmitificación de la regulación estatal como instrumento eficaz en la corrección de los fallos del mercado, la vuelta al mercado, y a los instrumentos jurídicos del derecho privado, la defensa del derecho de propiedad privada como forma superior de propiedad para hacer frente al problema de las externalidades, parecen entroncar con las propuestas neoliberales de la desregulación, del retorno a un Estado mínimo, garante de la esfera autorregulada del mercado como sistema óptimo y tendencialmente único de asignación y distribución de los recursos. Sin embargo, bajo la apariencia del canto a las bondades de la propiedad privada individual y el retorno a las raíces del liberalismo, existe una compleja y complicada adaptación de las categorías económicas y jurídicas a las condiciones de vida de la sociedad capitalista avanzada.

En particular, la importancia concedida por Coase a la estructura institucional, y en concreto a la delimitación de los derechos sobre los recursos y a los costes de transacción como determinantes a la hora de resolver el problema de la externalidad, y su desarrollo posterior por el movimiento de los *property rights* y por el AED en su conjunto, nos aportan una clave interpretativa nueva de las relaciones entre sistema jurídico y sistema económico, entre derecho y economía. Una clave interpretativa que parte del reconocimiento de la *función constitutiva de las relaciones económicas por parte del sistema jurídico*, es decir, de la *función del derecho como mecanismo de asignación y distribución de recursos*. La acción del derecho, de la forma jurídica, es una acción constitutiva de las propias relaciones económicas y sociales; no sólo es una acción de control y garantía.

⁴³ Vid P. SCHWARTZ y A. CARBAID, «Teoría económica de los derechos de propiedad», *opus cit.*, p. 221.

La idea del derecho como «garantía externa», que era la forma en la que se describía la función del derecho en la fase del Estado liberal, estaba basada en la aceptación del presupuesto de que había zonas de la vida social independientes, autónomas respecto de las cuales el derecho sólo asumiría un papel de mero sostenimiento, asegurando las condiciones de salvaguardia de las condiciones generales que permitieran desplegarse las relaciones económico-sociales de acuerdo con dinámicas completamente espontáneas.

La tradicional interpretación de las relaciones entre sistema jurídico y sistema económico en la época del *laissez faire* ponía su acento en una visión del sistema jurídico (tanto el continental como el del *common law*) en la que éste aparecía como mecanismo de registro y sanción de los propios resultados del mercado⁴⁴. Esta visión de las relaciones entre derecho y economía contribuyó a que los estudios jurídicos se centraran predominantemente en la función protectora-represiva del derecho, privilegiando una visión del derecho como conjunto de reglas de la conducta individual, como resolución de conflictos, como reparación de daños, como represión de los actos desviados. En definitiva, el modelo de relaciones entre Estado, derecho y mercado en la fase liberal abocaba a otorgar al derecho una función exclusivamente de mantenimiento del orden a través de normas imperativas y coactivas.

Frente a ello, el AED proclama la función directa de asignación y distribución de recursos que lleva a cabo el sistema jurídico. En la realidad de un mundo complejo, donde los costes de transacción impiden el funcionamiento de los mercados de competencia perfecta, el sistema institucional asume un papel económico determinante en la asignación eficiente de los recursos.

Un derecho racional, en el sentido económico, es como vemos un derecho con predominio del derecho privado y en el que sus normas reguladoras parecen adquirir un nivel casi constitucional, lo que en el ámbito de la política jurídica se traduce en la incorporación del AED dentro de las teorías que propugnan la desregulación progresiva de amplios sectores de la vida económica y el retorno a instituciones que favorezcan la solución privada de los conflictos sociales. Para concluir este apartado es necesario hacer la advertencia que el significado de la relación economía-derecho que plantea el AED sólo puede ser entendido inscribiendo a este movimiento de renovación de la teoría jurídica en el contexto más amplio de la crisis del Estado del Bienestar y del profuso debate intelectual al que ha dado lugar, no sólo en la teoría jurídica, sino en la teoría

⁴⁴ Vid. G. REBUFFA, «Il sistema delle relazioni economiche nell'analisi della tradizione sociologica: diritto e mercato», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. XIII, n. 1, 1983. p. 156.

social, económica y política. El AED adquiere su sentido más preciso como propuesta de renovación de la teoría jurídica precisamente en la respuesta a los problemas del derecho en las sociedades actuales. La provisión de un fundamento nuevo, el económico, y de una teoría de base simplificadora de la complejidad del fenómeno jurídico sólo pueden ser comprendidos con la inscripción del AED en ese marco de respuestas a la crisis del modelo de derecho vigente.

4. El AED y la renovación del discurso jurídico tradicional

El AED se nos presenta como una teoría renovadora del discurso jurídico tradicional. En este sentido, el AED es la «promesa feliz» de una teoría del derecho y de la justicia, «realista» en su adaptación al mundo de la escasez, «científica» en la descripción del derecho, segura en la justificación de las decisiones judiciales apelando a un criterio «técnico y neutral» como la eficiencia económica. La ciencia económica, con los desarrollos operados en las últimas décadas parecía ser la llamada a realizar dicha promesa.

¿Cuál es el resultado de la renovación? ¿Tiene la teoría jurídica tradicional que pagar algún precio por esta renovación?

En primer lugar, es cierto que el AED nos permite comprender mejor la lógica del sistema jurídico en la medida en que hace explícitos los fundamentos económicos de las decisiones jurídicas. El AED destruye una visión del derecho americano en el que éste aparecía como valedor de un consenso sobre valores públicos compartidos, en el que cada decisión, cada legislación era leída como expresión del «interés general», en el que el derecho era la vía y el vehículo adecuado para la reforma igualitaria de la sociedad americana. El AED en esta vertiente desmitificadora que enlaza directamente con la tradición del realismo jurídico, nos previene de los efectos de la mitificación de la acción del Estado a través del derecho. El AED nos descubre que detrás de toda decisión jurídica hay un problema de escasez y de elección, que es necesario elegir y hacerlo sobre la base realista de un análisis de las consecuencias, medidas en costes y beneficios, porque esa es la única manera de resolver los problemas prácticos a los que debe de hacer frente el derecho. El AED nos descubre que el derecho cuesta, que su aplicación no es gratuita y que las instituciones jurídicas son determinantes de la asignación y distribución de los recursos de una sociedad determinada. El AED intenta aportar un modelo de cientificidad jurídica y de jurista acorde con las realidades del presente. Como salida tecnocrática a la crisis del derecho norteamericano, el AED se nos presenta como una teoría del derecho más operativa, dotada de técnicas de análisis simples manejables y a la

vez sofisticadas que permiten la verificación empírica de las predicciones de las políticas jurídicas y un jurista especializado, experto en las nuevas técnicas capaz de llevar ante un tribunal los argumentos extraídos de una teoría no basada en intuiciones y particularismos sino en la claridad y la consistencia que el lenguaje económico de los costes y beneficios proporciona⁴⁵. En esta labor de desmitificación de la función del sistema jurídico y de la puesta a la luz de sus fundamentos económicos el AED nos sitúa ante una nueva imagen del derecho y de la práctica jurídica.

Pero, en segundo lugar, hay que decir seguidamente que se sigue tratando de una imagen, no de una explicación de la realidad, sino de una representación imaginaria, ideológica, de la misma. No es cierto que baste con desprenderse de los ropajes de las viejas categorías jurídicas y

⁴⁵ El AED transforma en un lenguaje tecnocrático categorías y problemas jurídicos que habían sido objeto de debates teóricos largos y profundos. Un ejemplo es la reconceptualización económica del concepto de culpa. El concepto de culpa determina la responsabilidad del demandado por los daños causados a una tercera persona comparando la conducta del agente productor del daño con la que hubiera adoptado un hombre razonable, o la «diligencia de un buen padre de familia» u hombre medio, como parece exigir nuestro ordenamiento jurídico. Este *standard* judicial tan vago, tan indeterminado, es reformulado en el concepto económico de culpa o negligencia que Posner extrae del criterio utilizado por el juez Learned Hand en el caso *Carroll Towing* y que traduce la culpa a consideraciones cuantitativas, objetivas. El concepto económico de negligencia o culpa es enunciado de la siguiente forma: el agente del daño es culpable de negligencia si el coste de los daños causados por el accidente (CA) multiplicados por la probabilidad de que el accidente ocurra (PA), excede el coste de las precauciones que dicho agente podría haber adoptado para impedir la producción del siniestro (CP), en una fórmula quedaría expresado de esta manera: $CA \times PA > CP$. Un simple ejemplo basta para ilustrar la diferencia de la argumentación y de los medios a emplear por el jurista economista. Del edificio que construye A en plena vía pública se desprende un objeto (ladrillo, trozo de viga, etc...) que hiere a B, transeúnte que en ese momento pasaba por la vía pública, produciéndole una lesión cuya cuantía (que incluiría no sólo los costes de la lesión física, sino los costes médicos, los días que ha dejado de trabajar por la lesión...) asciende a 1.000.000 ptas.. Se sabe, por otra parte, que sólo 1 de cada 1000 veces se caerá un objeto y lastimará a un peatón que en ese preciso instante pase por la calle. El coste de instalar unas redes de protección para tales accidentes asciende a 50 ptas en este caso, puesto que al tratarse de un bien duradero su coste (que puede ser mayor) se amortizará por los sucesivos usos de dicha red en otras construcciones. Ante esos hechos ¿cómo se juzgaría la responsabilidad de A ante la posible demanda de B? la aplicación del test de Hand daría como resultado la responsabilidad de A, puesto que el coste del accidente multiplicado por la probabilidad de que éste ocurra ($1.000.000(CA) \times 1/1000(PA) = 100$) es mayor que el coste de prevenir el accidente ($100 > 50 =$ responsabilidad del constructor) Si la cuantía de la prevención del daño, si las redes o medidas de seguridad fuese superior a 100, el constructor no estaría obligado a indemnizar, no habría culpa, puesto que dicho importe representa un gasto presente mayor al de un coste futuro e incierto. Vid. PAZ ARES, «La economía política como jurisprudencia racional», *opus cit.*, p. 661.

de su reformulación en los términos de la nueva retórica de las externalidades, de los costes de transacción y del análisis coste-beneficio, no basta objetivar en términos cuantitativos las categorías del discurso jurídico tradicional como la culpa o la pena, no basta el análisis económico del impacto legal para quedarnos con una descripción de la realidad desnuda de imágenes. Lo que el AED nos entrega es una imagen tan reductora de la realidad como la que es objeto de su crítica. La complejidad de la realidad social es reducida a la imagen producida de un individuo reducido a *homo oeconomicus*, a lo que se suma la reducción de la sociedad a un vasto mercado donde la política y el derecho son racionalizados son convertidos en «metamercados» institucionales que reproducen la lógica de la racionalidad maximizadora. No hay espacio exterior al mercado y a lo mercantilizable. En definitiva, en lugar del derecho como mediador de la realidad social, del Estado y la política como decisión del conflicto en nombre del interés general o de unos valores públicos, el AED nos resucita el mito del mercado y de la eficiencia como modelo y criterio de organización social, hechos reales gracias a la «naturalización» del comportamiento racional del *homo oeconomicus*. Este es el precio de la asunción de la descripción «real» del derecho que nos proporciona el AED.

A pesar de ello, no creo que hay de extrañarse del auge y desarrollo de este discurso económico del derecho. Hoy en el imaginario colectivo de la sociedad capitalista avanzada y en un proceso acelerado de globalización de la economía de mercado, la eficiencia y el mercado se han convertido en los criterios de legitimidad prácticamente exclusivas en la toma de decisiones políticas. La eficiencia económica se ha tornado un «nueva ley natural» a la que toda legislación y decisión jurídica debe plegarse. En realidad a lo que asistimos es a la apoteosis de lo económico, al triunfo del *homo oeconomicus* y a la extensión cotidiana del cálculo económico a todos los ámbitos y aspectos de la vida de los individuos.

En la «naturalidad del mercado», la eficiencia deviene la única lógica posible, convertida en un valor técnico y, por ello, incuestionable, presupuesto de toda política legislativa. Puede que algunas de las tesis del AED, las más extremas como las de Posner y algunos de sus seguidores nos aparezcan como exageraciones economicistas, cuando no meras veleidades de neoliberales ingenuos. Pero el problema es que la legitimidad de la eficiencia económica recorre por la vía de los hechos, no tanto de la teoría, amplios espacios de la política jurídica de nuestros días. Es por la vía de los hechos por la que la aargumentación consecuencialista y el análisis coste-beneficio se han introducido en el proceso de toma de decisiones de los tribunales de justicia, y es por la vía de los hechos por la que, por ejemplo, las reformas de la administración de justicia vienen traduciendo el primado de la eficiencia. En el mundo de la eco-

nomía globalizada no es extraño que el contrato se haya convertido en la fuente del derecho más importante, que se asista al nacimiento de una nueva *lex mercatoria* internacional y a una jurisdicción, el arbitraje internacional, que traducen de una manera nítida la lógica racional de la eficiencia que describen los juristas economistas del AED, esa es la justicia de las instituciones del mercado internacional, de las grandes corporaciones y del mundo de las finanzas, desligadas ya de las «ineficientes» reglamentaciones del Estado-nación.

Pero que ello sea así en la realidad de las sociedades contemporáneas no significa, como pretende Posner, que se confirme la «naturalidad» del mercado y del sistema capitalista como modelo de organización social. Esa es la falacia naturalista que esconde el economicismo del AED en su versión más extrema: una vez descubierto que lo real es racional –la racionalidad económica del *common law*–, lo racional –la lógica de la eficiencia económica– debe ser real –reformulando el sistema jurídico en su conjunto para hacerlo coherente con dicha lógica. Sin embargo, nada hay de natural en el mercado, ni nada hay de natural en la identificación de la conducta económica como el parámetro de la racionalidad; son fruto de un proceso histórico, de decisiones y de opciones políticas e ideológicas concretas y precisas. Creo que este determinismo economicista –que tanto recuerda al tan denostado economicismo marxista– no es de recibo en una sociedad que precisamente por padecer el primado de esa «ley natural» del cálculo económico y de la eficiencia, alumbra nuevos sujetos y nuevas demandas sociales que impugnan esa justicia del mercado y que vienen a plantear que el conflicto hoy no es el de eficiencia *versus* justicia sino el de diferentes conceptos de justicia. 