

---

# Una aproximación al Análisis Económico del Derecho

*Carlos Gustavo Guerra*

---

## **CARLOS GUSTAVO GUERRA**

Profesor Extraordinario Auxiliar de Práctica Forense de la carrera de Abogacía de la Universidad del Salvador. Magíster en Derecho Económico Privado.

---

### **I**

Discurrió Nino en que convendría acentuarse en la teoría jurídica, la preocupación por realizar una genuina sistematización del derecho vigente, recurriendo cada vez más a las técnicas suministradas por la lógica deontológica – la lógica del deber ser o de las normas – de reciente desarrollo, que contribuyen a determinar con certeza las consecuencias lógicas de los enunciados normativos del sistema, para agregar que fundamentalmente, los juristas deberían además encarar la tarea de mostrar las consecuencias de índole social, económica, etc. que se siguen de las posibles alternativas interpretativas, para lo cual deberían de disponer de recursos teóricos suministrados por distintas ciencias sociales tales como la sociología, la psicología, la economía etc.<sup>1</sup>

Aunque sea demasiado obvio que el verdadero principio puede encontrarse seguramente en un pasado mucho más lejano, en la conjetura de preguntar qué pasó y qué nos pasó al abandonar y dejar el Estado de Derecho para pasar al Estado de Necesidad, cuanto menos a contar de De la Rúa de 2001 y en el ámbito de la justicia lidiar con Smith

<sup>1</sup> NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del Derecho*. Editorial Astrea. 2da. Edición. Marzo de 2005, pp. 343/344.

de 2002, San Luis de 2003, Bustos de 2004 y Massa de 2006, casi con seguridad y bastante más acá de las serias, múltiples y encumbradas interpretaciones y disquisiciones expuestas y debatidas por los más destacados juristas, sociólogos, economistas y polítólogos de nuestro país, guste o no, tal vez recibíramos como única y simple, pero a la vez descarnada respuesta, nuestra propia versión de aquel memorable slogan creado por James Carville, un asesor de Bill Clinton, quién en alusión a la grave situación recesiva del gobierno de G. Bush en 1992, había consignado en un cartel ubicado en las oficinas del primero, cuando todavía era gobernador, la más que famosa frase: *la economía estúpido - the economy, stupid* - sin verbo alguno, luego mundialmente conocida como "es la economía, estúpido" en una noción que a título indicativo, perdura en múltiples variantes.

Desde el tiempo, la propia historia de la humanidad refiere que el poder económico o la economía, de modo invariable en manos del más fuerte, pero siempre al fin y al cabo respondiendo al principio de acción y reacción, repetidamente necesitó de una regulación que intentara mitigar los excesos o desviaciones que de suyo ocurren de no ser controlada por el derecho, pero también cuando el derecho no comprende a la economía.

Con una perspectiva más filosófica que meramente práctica, se ha sostenido que el derecho o lo justo se consubstancia con la economía, por atender ambos a las relaciones sociales y asimilarse en la dimensión de sus objetos formales: solo si el derecho es entendido como una relación justa - lo adecuado o ajustado a otro conforme cierta clase de igualdad - la economía será lo atinente a los procesos de producción y distribución de bienes y servicios y viceversa<sup>2</sup>) por lo cual fácilmente se advierte en esta relación casi simbiótica en muchos momentos, que cualquier alteración substancial en alguno de los conjuntos, importará su reflejo de modo inmediato o mediato en el otro.

Edgar Bodenheimer, cuando analiza y describe lo que a su juicio son o han sido las fuerzas modeladoras del derecho y entre ellas, a las económicas, refiere a la injerencia de la antigua administración Romana, re-

2 CONTE GRAND, Julio. "La emergencia y el sistema de derecho privado". El caso "San Luis", LL Sup. Act. 27/07/2004, 3

latando que el Emperador Diocleciano en el año 305 d.c. se vio obligado a un intento de control de los precios, tratando por decreto de establecerlos fijos para todo el imperio, en razón de lo cual se hizo práctica corriente la requisita de productos alimenticios por parte del gobierno romano y se establecieron profusas manufacturas estatales que producían virtuales monopolios gubernamentales en ciertas ramas del comercio.<sup>3</sup>

Nuestro último análogo de 1974, pero siempre a mano, la Ley nº 20.680 de Abastecimiento y Represión del Agio, no tuvo mejores éxitos en la búsqueda de la inflación cero y al poco tiempo, un celestino nos trajo nuevamente y de golpe a la realidad.

A diario vivimos y convivimos en un sistema y sus subsistemas.

Un sistema es una organización y esta debe tener una lógica y si de sistema económico se habla, la reproducción del sistema - su lógica interna - debe generar y promover excedentes, que no son más que lo que se denomina tasa de beneficio (*tb*) para asegurar su subsistencia pues de lo contrario tenderá progresivamente a la desaparición y entonces viene a buen cuenta, aquello que un marino veneciano del siglo XV narró a todo aquel que quisiera escucharlo, acerca de dos tribus africanas que como hecho natural, intercambiaban entre si sal y oro mediante un singular modo en verdad sorprendente el que además, se celebraba sin pronunciar palabra alguna.

La forma empleada consistía en que la tribu que llevaba la sal para comerciar la colocaba en montículos enfilados y luego se retiraba del lugar; la otra tribu ubicaba de la misma manera, montículos de oro al lado de los de sal y se volvía; si la primera estimaba suficiente la cantidad de oro ofrecida la tomaba dejando la sal que sería luego retirada por la segunda; si por el contrario estimaba escasa la cantidad de oro ofertada, repetía el procedimiento retirando montículos hasta llegar así a la equivalencia buscada cerrando de tal modo el acuerdo, como un contradictorio binario y figurado paritario, del cual ni duda cabe que era un negocio celebrado según unos, para subvenir sus necesidades básicas y otros para continuar comerciando.<sup>4</sup>

3 BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*. Fondo de Cultura Económica. México. p. 261.

4 Relato citado en "La teoría del negocio jurídico. Vicisitudes y permanencia." Monti, J. L. LL. 1997 - C, 1147.

La aparentemente sencilla modalidad de contratación intertribal y con seguridad las tribus en la propia solución, respondían de tal modo a algún sistema económico, a una economía rústica y primitiva basada en el típico trueque, que solo permitía transacciones casi de necesidad y supervivencia, pero bueno es advertir que en ese tráfico de la oferta y contraoferta sucesiva, se denota naturalmente también la búsqueda y obtención final de una tasa de beneficio (*tb*) para alguna de ellas, cumpliendo a su modo con una regla general de general de la economía en cualquier tiempo, que no es otra que todos los actores económicos busquen maximizar el factor que a cada uno más le interesa.

Y si se entiende en el llamativo relato, un sistema económico subyacente o periférico, pudiera también interpretarse que además hay uno de derecho, formal o informal, hasta tal vez y en algún punto supranatural, al cual le acordaban eficacia pues indudablemente violentar ese concierto silencioso, esa especie casi germinal de un *ius mercatorum*, conllevaría algún tipo de sanción y en lo extremo, tal vez la guerra, como ha pensado un autor<sup>5</sup> que interpretó que ese formalismo complicado y el silencio entre estas tribus, en realidad obedecían a que sus relaciones generalmente eran hostiles y que por tal razón evitaban los encuentros, agregando que tal forma de comerciar se realizaba en la zona fronteriza con un detalle no menor y que no es otro que en realidad, era mercadería de la que deseaban desprenderse.

En este último sentido será evidente el correlato con el sistema del campesinado, aquella colectividad rural que tras asegurar su subsistencia, con el tiempo advirtió la posibilidad de trocar sus excedentes, dejando de lado y poco a poco las simples relaciones económicas internas, principiando así con el comercio.

La economía, como una disciplina independiente con identidad propia, es un fenómeno relativamente reciente – ello en términos históricos – que si bien se distanció inicialmente de la filosofía, el derecho y

5 LAJUGIE, Joseph. *Los sistemas Económicos*. Eudeba. 2001. p 22. El mismo negocio también es referenciado por este autor quién precisa que allí se colocaba la mercadería y que los objetos eran dejados temporalmente sin temor al robo; según este, las tribus evitaban cuidadosamente el encuentro para que no se despertaran sus instintos belicosos.

la historia, pues desde allí se abordaban los temas económicos – finalmente se ha acercado de nuevo al derecho y este a la economía.

Nos recuerda Rivera, que Max Weber sostenía que no podía haber entre el Derecho y la Economía puntos de contacto, pues mientras que el Derecho actúa en el plano de la norma idealmente aplicable, la economía actúa sobre el plano del evento real; no obstante ello, luego ambas ciencias y tras aquella etapa de ignorancia recíproca, como si fueran absolutamente independientes o compartimientos estancos fueron recomponiendo sus relaciones por dos razones: la llegada de la sociedad postindustrial y la globalización de los mercados.<sup>6</sup>

Con el transcurrir del tiempo, es innegable que el derecho y la economía mutuamente encontraron espacios conjuntos de discusión teórica, por lo cual y en el primero, mediante una fuerte corriente de pensamiento se pensaron y adoptaron metodologías propias de la economía para analizar entonces fenómenos e instituciones jurídicas y fue a partir de Ronald Coase, premio Nobel de Economía de 1991, cuando el Análisis Económico del Derecho (AED), también conocido como el movimiento de los *Law & Economics*, iniciado hacia los años 50 por académicos asociados con las escuelas de Economía y Derecho de la Universidad de Chicago, convirtió a las instituciones y a las decisiones jurídicas en importantes objetos de estudio de la ciencia económica.

La escuela de Chicago del AED, luego en cabeza de Richard A. Posner, Juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, a la que presidió por un buen tiempo y obviamente también economista, parte de un supuesto básico: el sistema del derecho común se puede interpretar como un esfuerzo para promover la eficiencia económica y según este, los jueces y los abogados no pueden omitir el futuro pues en su análisis, deben incluir la previsión de las consecuencias de sus actuaciones sobre la asignación de recursos.<sup>7</sup>

Mientras tanto y en nuestro país de 1999, tras señalar que la introducción de nociones económicas en el razonamiento teórico sobre el derecho y en las técnicas argumentativas judiciales había sido vista

6 RIVERA, Julio César. "Economía e interpretación jurídica". LL. 2002 - F, 1163.

7 Entre los principales cultores de Análisis Económico, pueden citarse Ronald Coase, Guido Calabresi y Richard Posner.

como una violación a una malentendida pureza de la dogmática jurídica, cuando no como una acometida de los economistas en incumbencias profesionales vedadas, se hubo afirmado que “*es tarea por delante, hacer accesible a la ciencia jurídica y a los jueces en que se centra la actividad jurisdiccional los conocimientos que hoy brindan otras ciencias sociales y disciplinas - como las matemáticas, por ejemplo - que nuestra tradición desconoce como integrantes de un conocimiento jurídico cabal*”.<sup>8</sup>

## II

En los Considerandos de la Acordada nº 36/09 nuestro máximo Tribunal ha expuesto que en ejercicio de las atribuciones jurisdiccionales que le son propias, debe adoptar en los casos que llegan a su conocimiento y resolución, decisiones que tienen gravitación en el desenvolvimiento de las actividades económicas que se realizan en el país, dado que y tras enunciar los alcances de diversas normas constitucionales de contenidos directamente referidos a cuestiones de naturaleza económica, advierte que sus resoluciones constituyen un dato relevante para quienes actúan en la producción, intercambio y consumo de bienes y en la prestación de servicios y para quienes, en función del bienestar general y la equidad, regulan y controlan la realización de esas actividades.

La norma entonces, al constituir aquello que denomina la Unidad de Análisis Económico ha creado un mecanismo de consulta interno acerca de los efectos macroeconómicos que derivarían de resoluciones que eventualmente puedan adoptarse en expedientes en trámite por ante el Tribunal o como se precisa más adelante en su mismo texto, los efectos que podrían producirse en las variables económicas y entonces y sin que importe atribuirle a la Corte aquello que no ha dicho, al menos expresamente, es posible colegir que se ha buscado aportar *un valor agregado* substancial a la sentencia que fuere, con un mayor o mejor grado de eficiencia en la resolución final que se adopte en las situaciones litigiosas comprendidas en las materias señaladas.

8 BIELSA, Rafael y VERNENGO, Roberto J. “Alrededor de los jueces, los criterios de lo justo y el siglo que viene”. LL 1999-C, 837.

Una sentencia no es más ni menos que una norma jurídica individual, como derivación razonada de los hechos de la causa y del derecho aplicable u orden jurídico vigente, con efecto en principio, entre las partes involucradas, no obstante lo cual es incuestionable que determinada sentencia del Máximo Tribunal, precisamente en cuestiones constitucionales de naturaleza económica pudiera significar la reasignación de recursos en los agentes económicos y obviamente también en el Estado Nacional, ello en detrimento de los destinos originales, afectando de tal modo la eficiencia prevista y pretendida de aquellos.

En este orden de ideas puede afirmarse y seguirse entonces que tanto una norma individual - sentencia - como una norma de alcance general - ley - debieran de prever el futuro de sus derivaciones, máxime cuando la Corte como intérprete final de la Constitución es formadora del llamado derecho judicial y que, como dijera Bidart Campos, generalmente sus fallos *"han de ser algo más que normas individuales de cada caso y que decisiones circumscripciones a la causa"*.

La Corte ya ha expresado en el Considerando 12 del recordado fallo Massa, la insoslayable consideración de las circunstancias que deben ser ponderadas a los efectos del juzgamiento en virtud de su invariable jurisprudencia según la cual sus sentencias deben atender a la situación existente al momento de decidir y por cierto que así lo reitera en la acordada de marras, al consignar que *"no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma"*.

Para Sola, la Corte en tal fallo, al utilizar un lenguaje pragmático y una visión cercana al análisis económico del derecho no continuó con el retorcido camino jurisprudencial de la emergencia, que no tiene sostén constitucional ni económico y sólo ha creado el des prestigio de la judicatura.

En realidad parece que más que un lenguaje pragmático, la Corte finalmente adoptó una solución de tales características, prescindiendo de la declaración de inconstitucionalidad de una norma, cuando se

puede encontrar la solución en el derecho vigente, privilegiando además la imperiosa necesidad de concluir con la cuestión.

En los hechos, el derecho que dice la Corte y ahora con mayor énfasis tras la Acordada, en el ámbito específico considerado, pareciera destinado a promover o procurar también la eficiencia económica de sus fallos, dado que preocuparse por los impactos macroeconómicos, es sin duda una manera de tantas de proponerse aquella y su inquietud plasmada hoy y nuevamente de modo inequívoco en la Acordada 36/09, que por cierto no deja una vez más de comprender la realidad, también llama a la reflexión y cavilar acerca de su razón de ser, dado que si parece inevitable pensar que debe fallarse conforme a derecho y no a la economía, también pudiera ser que pensando en la economía, fallando luego conforme a derecho, importe arribar a soluciones jurídicas que a la vez prevean, eliminen o minimicen posibles efectos adversos en el sistema económico y la macroeconomía.

Desde una posición tradicional el derecho sería o debiera ser el reparto o la solución justa de los conflictos individuales o de otra manera, lo que los jueces deben decir que es y entonces *"a nadie se le escapa que cuando los jueces ejercen el control de constitucionalidad, evidentemente están asumiendo un control jurídico pero de profundas connotaciones políticas a poco que se repare, que no es aceptable que se reconozca carácter político al poder de establecer las normas legales o reglamentarias - pouvoir d'establir - y se le niegue dicho carácter a la potestad del Poder Judicial de impedir - pouvoir d'empêcher - la aplicación en un caso concreto de una norma inconstitucional"*<sup>9</sup> y seguramente más que algún dilema vital habrá de enfrentar en su más íntimo seno la Corte, cuando fallar conforme a derecho, importe fallar de plano y contra la economía y porqué no y al mismo tiempo, contra el poder político mismo.

En el punto convendrá precisar que eficiencia y efectividad son criterios propios del ámbito económico orientados a perseguir la competitividad de las empresas por lo que para la función jurisdiccional,

<sup>9</sup> HARO, Ricardo. "Marbury v. Madison: El sentido constituyente y fundacional de su sentencia. Con motivo del Bicentenario de su pronunciamiento: 1803-2003". Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. [www.acader.unc.edu.ar](http://www.acader.unc.edu.ar). Sección Doctrina.

habrá que ajustar los conceptos y así en la justicia, eficiencia será la realización racional, rápida, completa y convincente de su función; la efectividad, la medida en que cumple eficientemente con dicha función y la eficacia, el alcance del objetivo de manera responsable y controlada.<sup>10</sup>

De lo expuesto conviene anticipar – aunque ello sea elemental – que eficiencia no es un sinónimo de justo y este deberá ser un pensamiento e idea central para comprender y aprehender cabalmente el verdadero empleo que debe atribuirse al AED, entendido siempre como medio y nunca como fin, dado que ha sido frecuentemente criticado atribuyéndole un carácter economicista y utilitarista.

Sin embargo y aún admitiendo esta visión que se advierte como relativa, lo cierto es que utilizado como medio, su metodología y objetivos son más que atrayentes dado que en definitiva al AED, no es un conjunto de propuestas sobre como debe ser el derecho sino más bien, una metodología para analizarlo y procurar, cuanto menos como horizonte permanente, su máxima eficiencia.

No obstante ello cabe adelantar que el concepto de eficiencia debe necesariamente conjugarse e integrarse con la equidad y que entonces aquella eficiencia como tendencia sin fin a la perfección, deberá ceder inevitablemente cuando se trate de proteger valores supremos como la misma dignidad humana o tantos otros de igual relevancia, que correctamente protegidos, no pueden ser medidos en términos de eficiencia.

No parece lo mismo – ni lo es – una sociedad justa que una sociedad con sistemas eficientes y fue Polinsky quién planteó el posible y seguro conflicto entre eficiencia y equidad en la distribución de la renta, admitiendo que pueda – en rigor, deba – preferirse la equidad a la eficiencia, ejemplificado ello en un pastel más chico, pero más justamente repartido, lo cual debiera ser una regla primordial, aunque largamente olvidada en aras de la ideología que permanentemente predicaba el derrame, que nunca o escasamente ocurrió.

En su definición técnica, la macroeconomía estudia el comportamiento de los agregados económicos (consumo, ahorro, inversión), la

10 Bielsa y Vernengo. Cita nº 16 en artículo nota 8.

determinación de los niveles agregados de precios (inflación, salario real, tipo de cambio), la determinación de los niveles agregados de actividad (producto, nivel de empleo y desempleo, tasa de crecimiento) y las medidas de política que influyen sobre dichos agregados (política monetaria, fiscal, cambiaria).<sup>11</sup>

De modo más simple, el comportamiento macroeconómico será la suma de todas las decisiones microeconómicas tomadas por las personas, familias y las empresas, entendidas estas como unidades productivas (UP) simples (UPS) o complejas (UPC) y por ello entonces, para poder tener una adecuada comprensión de los fenómenos macroeconómicos, es necesario conocer que factores afectan las decisiones individuales de aquellas UP personas, familias, empresas y en la cúspide el Estado, el que al fin y al cabo no deja de ser una empresa, por cierto la más compleja.

Ha dicho Weber que jamás existirá ni ha existido una justicia pura y exclusivamente formal que haya podido o pueda liberarse de toda consideración ajena a los valores y como ello se advierte tan seguro como cierto, puede afirmarse entonces que donde se quiera y en cualquier tiempo, el derecho no será nunca una ciencia neutra y menos carente de contenido político e ideología, dado que el derecho es axiología y entonces conjugar valores con intereses – economía – nunca será tarea sencilla.

El Análisis Económico del Derecho es una rama de la ciencia económica casi completamente incluida dentro del campo de la microeconomía, entendida esta última, como la disciplina que examina los comportamientos de los agentes económicos, ya sean las empresas, los productores, los individuos en tanto consumidores de bienes o usuarios de servicios, todo ello observado desde una perspectiva dinámica de largo plazo y es de suyo evidente que solo es posible su funcionamiento en una economía de mercado, definida esta como la organización de la asignación y producción de bienes y servicios que surgen de la oferta y la demanda que presupone a su vez, que el grueso de las actividades económicas de la sociedad se desarrollan dentro de un sis-

11 COLOMA, Germán. *Análisis Económico del Derecho Privado y Regulatorio*. Edit. Ciudad Argentina. Ed. Febrero de 2001. p. 11

tema capitalista con un régimen de propiedad privada de los medios de producción y donde la mayor o menor intervención del Estado en tal clase de economía revestirá un papel esencial a través de la regulación económica o dicho de otro modo, a través de las restricciones legales que se imponen a los agentes participantes en un mercado, donde incluso hay mecanismos de regulación indirecta tales como las normas que prohíben o restringen los monopolios, los mecanismos de negociación colectiva o los procedimientos concursales en caso de cesación de pagos, entre muchas otras.

Coloma precisa que el objetivo del AED es analizar y evaluar el papel de las normas jurídicas dentro del funcionamiento de los mercados, a través del estudio de su impacto sobre el comportamiento de los agentes económicos y su repercusión en las cantidades y los precios.

Sin embargo, como la distinción entre macroeconomía y microeconomía es una construcción humana y entonces solo una diversa perspectiva del mismo fenómeno social, el económico y ambas se relacionan profundamente, desde hace tiempo y como tendencia, se ha avanzado hacia algunos modelos macroeconómicos que parten de comportamientos microeconómicos.<sup>12</sup>

El AED a través de las herramientas que proporciona la microeconomía, pretende determinar – en un sentido muy lato – los objetivos y los fines del Derecho y llevarlos a cabo de la manera socialmente menos costosa.

## II

Roemer<sup>13</sup> afirma que el AED se desarrolló a partir de la agenda del realismo jurídico, que enseñaba que los estudiosos del derecho debían ocuparse de la ley tal como funciona en la práctica haciendo uso de las ciencias sociales y que la economía era una de estas últimas, a la que podían recurrir los abogados.

Para los realistas jurídicos el derecho no está formado por enunciados con contenido ideal acerca de lo que es obligatorio, sino por las

12. Ver: <http://www.econlink.com.ar/dic/microeconomia.shtml>

13. ROEMER, Andrés. *Introducción al análisis económico del derecho*. Instituto Tecnológico Autónomo de México. Fondo de Cultura Económica. México. Septiembre de 2001.

reglas realmente observadas por la sociedad o impuestas por la autoridad estatal y en definitiva identifica al derecho con la eficacia normativa, con la fuerza estatal o con la probabilidad asociada a las decisiones judiciales.

La definición más habitual de la economía como ciencia, es aquélla que le asigna como objeto de estudio, la forma en la cual las sociedades asignan los recursos escasos a la satisfacción de necesidades o fines múltiples o desde la precisión lingüística de la RAE, será la administración eficaz y razonable de los bienes; el motor de la economía es la satisfacción de las necesidades de los hombres y entonces, la utilidad de un bien, producto o servicio para determinado individuo, dirá la capacidad de ese bien para proporcionarle la satisfacción de una necesidad.

Esta idea ha sido expresada también señalando que el objeto de la economía es estudiar el modo en el cual las sociedades deciden qué bienes y servicios producir, como producirlos y para quién producirlos, utilizando los recursos limitados que poseen; en definitiva, será pensar como distribuir bienes limitados o finitos para cubrir necesidades infinitas.

Para el AED en última instancia, su pretensión principal será que la totalidad del sistema jurídico puede analizarse mediante la aplicación de un cierto número de conceptos económicos fundamentales.

Este movimiento en sus orígenes, se localizó en el análisis de las instituciones jurídicas de neto contenido económico, en las que resultaba relativamente clara la aplicabilidad del instrumental del análisis de los mercados; su objeto primigenio entonces era el llamado derecho económico, definido como el conjunto de normas referidas a las actividades comerciales e industriales y que es un concepto empleado muchas veces como un sinónimo del derecho comercial.

Hoy el AED ya se ha configurado como la aplicación de la Teoría Económica y de los métodos econométricos al examen de la formación, estructura y efectos de las leyes e instituciones jurídicas, en síntesis, al núcleo mismo del derecho.

Como afirma Díaz: la economía es más simple – aunque no más fácil – que el derecho. La economía es algorítmica, mientras que el de-

recho es un lenguaje, por lo cual proyectando lo jurídico sobre la ciencia económica – lo más complejo sobre lo más simple – la estructura del derecho se hace más transparente y comprensible.

El AED es una metodología para el análisis de las restricciones y recompensas que genera el Derecho, combinando variables de marginalidad, bienes y servicios y sus correspondientes efectos en el mercado, aunque en rigor de verdad el mecanismo de asignación de recursos conocido como mercado sea fundamentalmente una creación jurídica que consiste en una serie de normas más o menos generales que permiten que los potenciales compradores y vendedores de un bien o servicio se pongan en contacto entre sí para comerciarlo.<sup>14</sup>

Casi por naturaleza los mercados son foros de confrontación y recelo simultáneo, donde los intercambios están marcados por la prevención mutua en los que cada parte ingresa en la negociación con un ánimo evidente: comprar barato, vender caro y *caveat emptor* – el riesgo es del comprador – como visión y objetivo final de todo comerciante en la idea de maximizar su propio interés a costa de la otra parte.

Desde otra perspectiva, puede decirse que en realidad la verdadera construcción jurídica no es sino el marco económico que ha impuesto el sistema – como hecho objetivo – que se traduce luego en un mercado objetivado, dado que está construido o generado por las empresas (UPC) a los efectos de vender sus bienes o servicios, ejerciendo su poder – como agentes económicos – para influir sobre los precios vigentes.<sup>15</sup>

Si maximizar ganancias es bajar costos y como una posibilidad de ello será precisamente transferir esos costos a través, por ejemplo, de la llamada información asimétrica al tiempo de la celebración de un

14 COLOMA, Germán. Ob. cit. p. 18.

15 Para el contexto, mercado se entiende de modo genérico y a las ferias, como los espacios físicos en que se vendían los distintos productos. En realidad y a pesar del tiempo, la noción de mercado no ha variado en lo sustancial; Samuelson entre otros, lo ha definido como un mecanismo por medio del cual los compradores y los vendedores de un bien determinan conjuntamente su precio y su cantidad; sin embargo, también es claro que hoy en día hay *mercados* que siguen instalados en un lugar físico como por ejemplo: el Mercado de Chicago (*Chicago Board of Trade*); el Korea Stock Exchange, el Taiwán Stock Exchange, la Borsa Valori de Italia o la Bolsa de Madrid Stock Exchange. Inclusive siguen denominándose *mercados*, los *mercados de valores* organizados al amparo de las leyes de oferta pública, tales como: el Mercado a Término de Buenos Aires SA (MATba), la Bolsa de Cereales, el ROFEX (*Rosario Futures Exchange*) o la Bolsa de Comercio de Buenos Aires.

contrato, la pregunta siguiente será, hasta donde es ello no solo posible, sino jurídicamente y socialmente admisible.

La eficiencia no es un valor único y excluyente de la economía y si la eficiencia también es una de las formas de la justicia, ello se advierte claramente en materia de daños causados por el riesgo o vicio de la cosa donde su distribución, conforme al criterio de eficiencia, importó concluir en que sean atribuidos al dueño o guardián por ser quienes están en condiciones de prevenirlo mejor y obviamente a un costo menor que las posibles víctimas.

Sin embargo cabe admitir que frente a la justicia eficiente, es posible advertir sistemas normativos inspirados en la justicia, pero ineficientes en términos económicos – y no está mal que así sean – pues la política, el derecho y la economía, no siempre van de la mano; el AED conlleva ensimismo un análisis consecuencialista de las normas y decisiones judiciales, de modo de verificar cuáles son las consecuencias – efectos – que la norma o decisión produce en la sociedad y los individuos.

El AED ha incorporado al análisis jurídico la noción de la eficiencia en la asignación de recursos, aunque es obvio que cualquier análisis del sistema jurídico que se pretenda científico deberá explicar la función de las normas y de las instituciones jurídicas y además, predecir las consecuencias derivadas de su existencia y ello, es eficiencia; el objetivo perseguido es la eficiencia, que no es ni más ni menos que la capacidad de disponer de alguien o de algo, para conseguir un efecto determinado.

La nueva Escuela estudia las normas y decisiones teniendo en cuenta si ellas producen un despilfarro o aplican adecuadamente los recursos y en su ámbito existen múltiples interpretaciones del concepto de eficiencia; una de ellas es la que define a la eficiencia, como la relación entre la suma de los beneficios de una situación y el total de costos derivados de ella.

Aunque ello sea puramente teórico, se considera entonces que si la sociedad se organiza de un modo eficiente, todos pueden beneficiarse, pues con una masa mayor de bienes, habrá más para repartir.

La eficiencia en la administración de los recursos – siempre escasos – consiste en aplicarlos de modo de obtener el mayor grado de satisfacción de necesidades y para Posner, el desperdicio, en un mundo de recursos escasos se debe considerar inmoral.

Según H. Alegria, el grupo de autores que desarrolla estos conceptos del AED, ha centrado su foco en la vinculación entre derecho y economía y de tal interrelación – o bien para ella – extraen ciertos principios que en resumen pueden identificarse como: a: la eficiencia de los sistemas jurídicos con fines de aumentar el bienestar general de la comunidad; b: la reducción y hasta la eliminación de los costos de transacción y c: el rol de la información.

Con relación a este último aspecto, es evidente su necesidad, desde que la igualdad de información permite el funcionamiento normal de los mercados, mientras que la asimetría informativa perjudica la libertad y eficiencia de la asignación de recursos.

Para algunos autores, hoy la mano invisible del mercado es la información y hemos arribado así a la edad de la información.

Desde la denominada perspectiva neo institucional del AED, se define a la eficiencia, como la maximización restringida; es decir: las condiciones de eficiencia se ven como las propiedades de una solución determinada (equilibrio) implicada por una construcción teórica dada.

De acuerdo con este punto de vista, las soluciones de un sistema son siempre eficientes si satisfacen las restricciones que lo caracterizan.

### III

En lo general, la interacción y vinculación de las ciencias entre sí, es un hecho notorio y sorprendente a la vez por las aparentes disparidades.

Véase así que para el hombre común, responder rápidamente a la pregunta de que tienen en común la economía y la psicología, no será una respuesta fácil, pues la combinación de ambas ciencias o hallar sus espacios vinculados o relacionados, parece a primera vista de difícil resolución.

Sin embargo, tanto no es así, que buena parte de la economía diaria del mismo hombre común se halla revestida y decidida por comportamientos apasionados, bastante más lejanos de aquello que se espera en el manejo del dinero, máxime cuando la economía neoclásica enseña y tiene como basamento, que los seres humanos son absolutamente racionales en sus decisiones económicas o en definitiva, que cada persona, de acuerdo con las circunstancias que enfrente, tratará de maximizar sus beneficios, se llamen estos utilidades, ingresos o simplemente beneficios de acuerdo con las respectivas subjetividades.

Acto seguido, responder que tienen en común entonces un economista y un psicólogo, puede resultar un tanto más sencillo y más, con solo repasar algo de la historia económica reciente.

El Doctor Vernon L. Smith fue Premio Nobel de Economía 2002, por haber establecido los métodos experimentales en el análisis económico y un precursor en el uso de ensayos y comprobaciones de laboratorio para evaluar el desempeño y el funcionamiento de los mercados y antes de 1956 cuando culminara su primer experimento, la teoría económica suponía que los mercados solo eran eficientes con un gran número de compradores y vendedores.

Los métodos experimentales fueron los primeros en poner a prueba aquellas teorías y estas pruebas han demostrado que los mercados pueden ser eficientes aun con muy pocos participantes; adicionalmente revelaron que la eficiencia de los mercados depende sustancialmente de las instituciones que los gobiernan, es decir de las *reglas del juego* que afectan las conductas de los individuos y los resultados de toda la actividad en el mercado.

El propio Smith, durante su discurso en el banquete de entrega del premio dijo que agradecía a Friedrich A. Hayek “*por enseñarnos que un economista que sólo es un economista, no es un buen economista; que una ciencia social fructífera debe ser, con mucho, un estudio de lo que no es; que la razón utilizada debidamente, reconoce sus propias limitaciones y que la civilización descansa sobre el hecho de que todos nos beneficiamos de conocimientos que no poseemos en cuanto individuos*”.<sup>16</sup>

16 Friedrich A. Hayek (1899-1992) Premio Nobel en Economía 1974.

En tal año, el mismo premio fue compartido con Daniel Kahneman, de profesión psicólogo y no economista, quién fue distinguido por la introducción de conocimientos de la investigación psicológica en las ciencias económicas, en particular en relación con juicios y tomas de decisiones en casos de inseguridad.

En sus estudios llegó a la conclusión de que los inversionistas en la bolsa, por ejemplo, no venden por motivos racionales, sino emocionales: se deshacen de sus acciones cuando los mercados van hacia abajo, temiendo perder aún más si no venden, lo cual, por lo general, hace bajar aún más los valores cumpliendo entonces, una especie de profesión autogenerada.

Para Kahneman, la motivación de la mayoría de los inversionistas es el temor, es una decir una emoción y no un pensamiento racional dirigido a multiplicar su dinero. Así, integró aspectos de la investigación psicológica en la ciencia económica, especialmente en lo que respecta al juicio humano y la toma de decisiones bajo incertidumbre y la principal contribución de este psicólogo a la ciencia económica consiste en el desarrollo de la denominada teoría de las perspectivas, según la cual los individuos toman decisiones, en entornos de incertidumbre, que se apartan de los principios básicos de la probabilidad.<sup>17</sup>

A este tipo de decisiones lo denominaron atajos heurísticos<sup>18</sup> y una de las manifestaciones de estos, es por ejemplo la aversión a la pérdida, exemplificando en que un individuo preferirá no perder 100 dólares antes que ganar la misma suma lo cual supone una asimetría en la toma de decisiones.

Tanto para Kahneman como para Smith, científicos críticos de la teoría clásica del comportamiento racional, el ser humano no decide solo por un cálculo consciente y frío sino con una alta dosis de emoción.

17 La Teoría de las perspectivas fue desarrollada por Daniel Kahneman y Amos Tversky en 1979; comenzando por evidencias empíricas, esta teoría describe como los agentes individuales evalúan las pérdidas y las ganancias. En la formulación original, el término perspectiva se refiere a la lotería.

18 La heurística es una técnica acerca de la indagación y del descubrimiento y en algunas ciencias, se la define como la manera de buscar la solución de un problema mediante métodos no rigurosos, como por tanteo, reglas empíricas, etc.

o retrasos y despreocupados de los "otros" con lo cual la potencial continuación del negocio entrará en desequilibrio, pérdida, paulatina transferencia de recursos y eventualmente la quiebra, con lo cual fácilmente se advierte que de modo paradojal, el respeto de los derechos, puede provocar quebrantos.

La atribución al economista de tal réplica, que bien pudo ser confesada por otro abogado, ello para evitar malos entendidos, seguramente deviene del pensamiento clásico, en el sentido de sostenerse que los abogados tienden tradicionalmente a pensar en términos particulares y los economistas a pensar en términos matemáticos o abstractos. Desde tal corriente, se suele afirmar que los economistas enfocan los problemas elaborando hipótesis porque económicamente el mundo es demasiado complejo como para que se pueda entender sin una cierta abstracción.

Dicho sea de paso y sobre el tema, la técnica jurídica empleada en los llamados sistemas continentales como el nuestro, donde se priorizan las edificaciones principistas utilizando la lógica de la abstracción como proceso y resultado investigativo desde las cuales se deducen luego las soluciones particulares, también ha significado contratiempos en la creación de las estructuras normativas.

Tales pensamientos abstractos del economista, que en verdad no son exclusivos, permiten ahora el relato de una nueva y graciosa anécdota, bastante antigua en la realidad, de la cual se vislumbra claramente la fuerte crítica a la inclinación a pensar, sin contacto con la realidad.

Un físico, un químico y un economista han naufragado y estando en una isla desierta, solo tienen una lata de arvejas, pero no tienen con qué abrirla.

Ante la impotencia y obviamente el hambre, el físico propone arrojar una piedra desde determinada elevación para lograr su rotura y el químico sugiere calentar la lata al fuego durante 1 minuto y 37 segundos, con el mismo objetivo.

Tras aquellas sugerencias, será nuevamente el economista quién finalmente resuelva el punto diciendo que ambos métodos pueden re-

sultar efectivos, pero son demasiado complicados, proponiendo algo mucho más simple:

Supongamos que tenemos un abrelatas.

Como dijo un autor: la historia del abrelatas contiene una verdad importante y una mentira importante acerca de los economistas: la verdad es que los economistas enfocan los problemas elaborando hipótesis y la mentira es que elaboren hipótesis tan ridículas, aunque esto desgraciadamente, no siempre es mentira.<sup>19</sup>

Sin embargo, esa permanente confrontación entre términos particulares y términos matemáticos abstractos, ha generado que sea un resultado importante del *AED*, un mayor énfasis en la *generalización* del pensamiento jurídico. Para sus partidarios, el enfoque pragmático y empirista de la ciencia económica permite que el *AED*, a diferencia de otras escuelas jurídicas, construya y compruebe modelos de comportamiento humano para predecirlo y controlarlo.

Cachanosky razona con toda lógica, que las leyes tienen consecuencias sobre las acciones e incentivos de los individuos y por lo tanto tienen consecuencias sobre el intercambio y el funcionamiento eficiente del mercado.

Para este economista, el jurista que ignore cómo funciona el mercado no tiene idea de la manera en que repercuten la legislación sobre el bienestar económico de la población y el economista que ignore los principios fundamentales del derecho, no tiene idea del marco jurídico implícito en su teoría, tratando de explicar así la necesaria imbricación de ambas ciencias.

Con la misma impronta se asevera que cuanto más ineficiente sea una ley o disposición legal como término más abarcativo, tanto mayor será el costo social que imponga y en consecuencia, tanto mayor la probabilidad de conflictos y juicios.

Recientemente Sola<sup>20</sup> sostuvo que la despreocupación por las con-

19 Mitchell Polinsky. Introducción al análisis económico del derecho. Barcelona, 1985. Citado por Rivera en su exposición acerca del Análisis Económico del Derecho en la XV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y Córdoba. Octubre de 2003. [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar). Sección Doctrina.

20 SOLA, Juan Vicente. "El análisis económico del derecho. O cómo tomarse las consecuencias seriamente." LL 2008-B, 1350.

secuencias de las normas puede llevar a fracasos institucionales que surgen cuando se eligen soluciones ineficientes, es decir, distribuciones de derechos que dejen a algún sector peor de lo que estaba sin que exista un beneficio para ningún otro sector, refiriéndose al llamado criterio de eficiencia de Pareto.<sup>21</sup>

En el AED, constituye un claro ejemplo de su rigor, la aplicación de técnicas analíticas o de la metodología econométrica a cuestiones jurídicas que permitirán al creador del derecho, la determinación de cual ley o regulación, será más meritoria en la sociedad, es decir más eficiente, sin perjuicio de precisar una vez más que el AED no es un conjunto de propuestas sobre como debe ser el derecho, sino y antes bien, una metodología para analizarlo.

El AED está configurado por una triada esencial: la Maximización, que es posible definir como el mejor aprovechamiento de los escasos recursos existentes; la Racionalidad, entendida como el análisis y acción con anterioridad al problema y por último, la Eficiencia que según Polinsky, es la relación entre los beneficios totales de una situación y los costos totales de la misma.

Así como la relación con el tamaño del pastel, la equidad dependerá de cómo se reparta.

Ronald Coase ha sido considerado el iniciador y fundador del campo de estudio del Análisis Económico del Derecho con su publicación en 1960 de lo que se ha dado en llamar el *Teorema de Coase* y desde él sostiene que los límites de la ciencia económica se han ampliado de modo paulatino a otras ciencias sociales, que aunque colindantes, eran naturalmente impermeables al enfoque económico.

El Teorema constituye una de las nociones básicas del AED y consiste en la siguiente conclusión: siempre se adoptará la solución más eficiente, cualquiera sea la titularidad del derecho, siempre que los costos de transacción fuesen cero.

Para Coase, el problema de la intervención del derecho y sus consecuencias económicas, es el eje de su Teorema que se planteó en el contexto de un problema ambiental surgido a raíz de una disputa de

21 Wilfredo Federico Damaso Pareto (1848/1923) sociólogo, economista y filósofo italiano.

responsabilidad extracontractual y Polinsky ha explicado el Teorema, con un ejemplo clásico sobre contaminación:

El supuesto es que existe una fábrica que emite humos, contaminando los alrededores y los cultivos de los vecinos.

Identifiquemos a cinco como los perjudicados, que sufrirán daños por 75,00 unidades monetarias (UM) cada uno con daño total UM 375,00, si es que no se hace nada al respecto.

Ante ello, los daños causados por el humo podrían eliminarse de dos formas posibles: a) instalando un filtro en la chimenea de la fábrica con un costo de UM 150,00 o proporcionando a cada uno de los perjudicados una secadora, a un costo de UM 50,00.

Tras un simple análisis matemático la solución eficiente será comprar un filtro (150,00) con lo que se evitan los daños de 375,00 y es más barato que comprar cinco secadoras por 250,00, pero para poder tomar la decisión hay que establecer quien tiene derecho a qué.

Si lo que tenemos es un derecho a gozar de aire puro, dado que está prohibida la contaminación, tenemos las siguientes posibilidades:

La fábrica que contamina asume y paga los daños que ocasiona, en este caso 375,00; puede instalar un filtro pagando 150,00 o finalmente podría comprar las secadoras para los vecinos por 250,00.

Evidentemente la solución eficiente es que se instale el filtro a un costo de 150,00.

Si por el contrario lo que existe es el derecho a contaminar, los vecinos tienen que solucionar el problema y pueden: sufrir los daños por 375,00; comprar las secadoras por 250,00 o comprar el filtro por 150,00.

Evidentemente los vecinos también adoptarían la solución eficiente y comprarían el filtro y como se puede ver, no importa quién tenga la titularidad del derecho o a quién favorezca la ley, pues en ambos casos se adopta la solución eficiente y en este ejemplo, la solución más barata es comprar el filtro.

El teorema de Coase intenta advertir sobre las implicaciones y retroalimentaciones entre el sistema jurídico y el sistema económico, hasta el punto que un inadecuado desarrollo legislativo puede generar

la presencia de fallos de y en el mercado y por tanto asignaciones inefficientes y sin ir más lejos, el modelo de nuestra habitual y permanentemente hipernomia legislativa de cualquier clase, que generalmente ha terminado en la anomia y la virtual ignorancia de las leyes, aunque se predique desde el Código Civil lo contrario, es un claro ejemplo, no solo de confusión, sino de seguro derroche económico y seguido dispendio de actividad administrativa y jurisdiccional.

También sostienen los partidarios del AED que la redistribución de la renta debe ser un objetivo del sistema fiscal, es decir del sector público del derecho porque de esa manera se logra en forma más barata y precisa, mientras que el derecho privado debe buscar la solución más eficiente, esto es, aquella que genere el aumento de la suma total de beneficios.

En otras palabras puede afirmarse que el AED propicia la interdisciplinariedad en el estudio de los fenómenos jurídicos y de ahí, una relectura del Derecho desde la Economía compartiendo principios, metodología e instituciones, debiendo distinguirse - siguiendo a Coloma - entre el análisis económico positivo y el normativo del derecho.

El primero - el positivo - puede conducir a quién toma las decisiones a considerar las formas en que el mundo será realmente diferente si adopta una u otra; por su parte, el análisis normativo, puede proporcionar un marco de referencia congruente para comparar los mundos alternativos que resulten.

Sea por la razón que fuera, es más que cierto que hoy en día en el área del Derecho, la Economía se ha transformado en una poderosa herramienta de trabajo que estudia el comportamiento humano de acuerdo a nociones tales como el propio interés de la persona que no siempre es meramente económico, el excedente del productor o consumidor, el beneficio social, el máximo paretiano, la teoría de los riesgos y otras elaboraciones, donde sin lugar a dudas, el concepto fundamental, es el principio de la eficiencia entendida esta como la relación entre la suma de los beneficios de una situación y el total de costos derivados de ella.

De este último y en el ámbito contractual, al llamado *incumplimiento*

to eficiente, habrá un solo paso por sobre la aparente contradicción del concepto, que en rigor de verdad solo es semántica, siendo este uno de los aportes más importantes del análisis económico del derecho, en definitiva, el estudio de la no-ejecución del contrato, que importa precisar que ello – la inejecución – debe ser eficiente. Así pues, la meta que se persigue es al menos poder limitar los derechos del acreedor contra el deudor a una indemnización de perjuicios, eludiendo de esta manera el cumplimiento de manera forzada en virtud del principio de eficiencia.

El incumplimiento eficiente de un contrato se produce cuando el valor obtenido por las expectativas de incumplimiento, es mayor que los beneficios de cumplir el contrato.

#### IV

Varias son las teorías que han tratado el tema de la eficiencia o el máximo de productividad o satisfacción y de todas ellas, parece que la teoría del máximo beneficio social (*Social Welfare - Bienestar Social*) colmaría de contenido normativo y de una mejor forma el principio de la eficiencia, particularmente en el área de los contratos; de esta manera, el bienestar social, comprenderá el conjunto de beneficios que logran el consumidor y el productor.

En la hipótesis y frente a un sistema de derecho ineficiente, la solución será la aplicación del Teorema de Coase, que en una sus múltiples versiones, importa afirmar, como se ha visto, que cuando las partes negocian y resuelven sus diferencias por cooperación, su comportamiento será eficiente, sin importar la norma jurídica existente.

En la búsqueda de la eficiencia, los costos de transacción son los obstáculos que las partes contratantes pueden encontrar y Coase insistía en que una de las funciones principales que debían tener economistas y abogados en el futuro era determinar la extensión de los costos que tenía cada transacción.

La pregunta obligada será pensar ahora en que ocurre cuando los costos de transacción son tan elevados que no puede haber una negociación eficiente, es decir en la que las partes estén en una situación

mejor que la que estaban antes o donde los derechos no estén claramente determinados.

Para Sola y en esos casos, corresponde la aplicación de Coase, por los jueces y desde esta perspectiva, será indispensable entonces que los jueces tengan en cuenta las consecuencias económicas de sus fallos y desde este pensamiento, pudiera seguirse que tal vez, ello hubiera sido una de las raíces de la Acordada 36 dado que seguramente, parece mucho mejor saber que y además cuanto.

En lo específico, Sola afirmó y sostuvo que la solución de la Corte en el caso Massa, empleó también el *análisis económico del derecho*, en lo particular el famoso teorema, imitando la solución a la que hubieran llegado las partes, si hubieran podido negociar sin costos de transacción.<sup>22</sup>

Roemer ha definido al derecho y la economía o el AED – en su relación – como la aplicación de la teoría económica y de los métodos econométricos para examinar la formación, estructura, procesos e influencia de la ley y de las instituciones jurídicas.

Para este autor, el Análisis Económico del Derecho en su estado actual o cuanto menos hacia el 2001, tiene tres perspectivas principales: la tradicional, la neo-institucional y la de las decisiones públicas (*Public Choice*).<sup>23</sup>

La primera se divide en dos ramas y una de ellas es el análisis económico de las normas que regulan los mercados explícitos, como derechos de propiedad, contratos, obligaciones y sociedades, entre otros; la ubica en su nacimiento, con los estudios de Adam Smith acerca de los efectos económicos de la legislación mercantilista y se ha desarrollado a la par que la maduración de la economía como ciencia y de la expansión de la regulación gubernamental de la economía.

22 LL. Sup. Esp. La emergencia y el caso Massa 2007 (febrero), 101

23 Rivera (art. cit.) afirma incluso que algunos incluso discurren entre el viejo AED y el nuevo AED. El primero era el que se limitaba al estudio de las leyes antitrust, las leyes impositivas o laborales). Entre nosotros la vieja ley 11.863 toma el concepto de realidad económica y la jurisprudencia de la Corte lo ha aplicado en infinidad de ocasiones. Es lo que algunos autores europeos llamaron derecho económico a partir de los años 30. En cambio el nuevo AED, o simplemente AED, que nace aproximadamente en los 60 en EEUU con los trabajos de Coase y Calabresi, es el intento de aplicar el análisis económico en forma sistemática a áreas del derecho tradicionalmente ajenas a este tipo de análisis.

La segunda rama se vincula al análisis económico de las normas que regulan el comportamiento de actividades de *no-mercado*, como delitos, accidentes, responsabilidad civil, contaminación, procesos jurídicos y políticos, entre otras.<sup>24</sup>

Su origen puede remontarse hasta Jeremy Bentham, que fue uno de los primeros pensadores que señaló que los individuos actúan como maximizadores racionales de sus propios intereses en todos los aspectos de la vida; Bentham desarrolló una teoría ética normativa fundada en los principios del hedonismo, universalismo y consecuencialismo y su método, que importaba pensar que el modelo económico podría aplicarse a todos los campos de la actividad humana, en vez de quedar confinado a los mercados explícitos de la economía, muestra sus rasgos más característicos en su estudio de la sanción penal, dado que el problema del control penal se reduce entonces a establecer un *conjunto de precios* por el delito, manipulando las dos variables que determinan el *costo* del castigo para el potencial delincuente: la severidad del castigo y la probabilidad de que este se aplicará, es decir, de ser arrestado y condenado.

El AED observa los supuestos generales de la ciencia económica: que las personas son previsoras y racionales, que los resultados económicos se miden en función del bienestar y la utilidad personal y que la medida del bienestar social depende de exclusivamente de las utilidades de los individuos y ha sido su idea medular la constatación de que muchas decisiones legales son muy semejantes a las decisiones *de mercado*.

La llamada teoría de las decisiones o elecciones racionales (*rational choice*) considera que los consumidores tienen preferencias y buscan maximizar la utilidad que derivan de esas preferencias dadas determinadas restricciones y que esas preferencias son transitivas: si prefiero A a B y B a C, luego prefiero A a C.

24 Su nacimiento suele ubicarse en 1961, con la publicación de dos célebres artículos "The problem of social cost" del premio Nobel Coase y "Some thoughts on risk distribution and the law of torts" del profesor de Yale Calabresi. Plantea tres tesis fundamentales: que las personas actúan como maximizadores racionales de sus satisfacciones; que las normas jurídicas crean precios implícitos para diferentes tipos de conducta y que las normas del common law promueven la eficiencia, mientras que las del derecho codificado no.

La innovación central del Análisis Económico del Derecho es haber reconocido que muchas decisiones legales tienen esta característica de decisiones de mercado; de allí que la teoría de las decisiones racionales se considera un modelo adecuado para analizarlas, siempre entendida como un modelo, que no describe la realidad, sino que en todo caso trata de explicarla.

Las normas legales crean *precios* implícitos para las diferentes alternativas de comportamiento y las personas cuando deciden, adecuan su conducta a esos precios de un modo muy semejante a como lo hacen frente a los precios en sus decisiones de mercado.<sup>25</sup>

Posner también ha analizado las vinculaciones del individuo en torno al concepto de *eficiencia* y para este, una persona comete un delito porque los beneficios que espera de éste, exceden los costos previstos.

En esta línea de ideas, es interesante apuntar el dilema del llamado *delito costo cero* que se advierte en legislaciones que poseen como castigo la pena de muerte o en su caso, la efectiva cadena perpetua o aquellas que como el sistema español o el de algunos estados de Norteamérica, que permiten imponer cientos de años o varias cadenas perpetuas a un condenado.

En efecto, si un delincuente es consciente conocedor que tras cometer cierto delito o bien podrá ser condenado a muerte o a cadena perpetua de cumplimiento efectivo o a tres o cuatro cadenas perpetuas sucesivas, como sentencias estas últimas tan habituales como burlescas en su real significación, la consumación de un segundo o tercer delito – de cualquier especie – y así en lo sucesivo tendrá efectivamente para él, desde un punto de vista económico, costo cero y ello es de suyo fácilmente comprobable en la vida cotidiana y en delincuentes

25 DÍAZ, Rodolfo. "Sobre la enseñanza de la abogacía. Inclusión del Análisis Económico del Derecho". LL. Sup. Act 29/04/2004, 3. Los economistas han encontrado en la teoría de "rational choice" un modelo muy útil para formular hipótesis sobre los comportamientos "de mercado"; para conjeturar explicaciones, no para describir hechos. Hay cinco razones que lo explican: la evidencia empírica confirma sus predicciones; las desviaciones en la predicción, se pueden explicar sin considerar irracional la decisión en cuestión; los comportamientos aparentemente anómalos se pueden explicar con una mínima corrección de la teoría; los que siguen sus criterios -individuos o empresas- prosperan; y aunque hayan individuos irrationales, las predicciones racionales sobre el conjunto se mantienen.

que ya han trascendido todos los límites, porque sin un necesario conocimiento científico de la economía o del derecho a igual resultado llegarán, con el empleo del simple sentido común.

Para la segunda perspectiva, la neo-institucional, el análisis económico del derecho persigue o tiene como meta la identificación de las variables instrumentales y de las cuestiones y procesos que fundamentan la operación de las instituciones jurídicas de significación económica; así entonces los derechos de propiedad y los contratos, instituciones en sí mismas jurídicas, son a su vez las instituciones económicas más importantes.

Esta postura trata de demostrar que las instituciones importan y que es posible utilizar la teoría económica para analizar las instituciones jurídicas de modo que su funcionamiento cobre sentido en el contexto integral del sistema económico, teniendo en cuenta que las instituciones son sistemas de normas, respecto de un conjunto particular de actividades, que regulan el comportamiento social de los individuos.

Un orden jurídico eficiente requiere una estructura institucional que minimice los costos de transacción, que como se ha visto, son aquellos que surgen debido a la interacción entre las personas.

En razón de lo expuesto, fácil será concluir en que los costos de transacción elevados dan resultados ineficientes y su reducción, es la función de la legislación.

En una visión más ampliada, se suele entender por costos de transacción, los de identificación de las partes, los de reunión, los del proceso de negociación y los de puesta en práctica de la estrategia decidida, es decir, aquellos que los hipotéticos contratantes tienen que gastar en coordinación hasta que se concluye la transacción.

En el ámbito judicial, serían todos aquéllos incurridos en la tarea de poner al órgano jurisdiccional en disposición y aptitud de realizar la tarea que el ordenamiento le ha confiado.

Según Bielsa, el costo judicial en Argentina ha sido reiteradamente señalado como uno de los elementos con mayor capacidad para restar competitividad a nuestros productos en el exterior y si bien su cita data

de 1995, el dato es importante: señala que Arthur Andersen calculó por entonces, que el importe de una demanda, para el que debe afrontar las costas, se acrecienta a lo largo de la vida del juicio en un 54,54%, correspondiendo el 36,51% a abogados, el 16,36% a peritos y el 1,63% a otros gastos.

Por último y siempre en la visión de Roemer, la perspectiva de las decisiones públicas o la elección pública (*public choice*), es el estudio económico de la adopción de decisiones que pertenecen a situaciones de no mercado; su objeto es el mismo de la ciencia política y del Derecho Constitucional, pero su instrumental metodológico es el de la economía.

## V

### El incumplimiento eficiente

Si el contrato en su real dimensión es la objetivación del hecho económico, siempre es y será muy difícil hablar de más que buena parte del derecho, sin hablar de economía.

Coloma define o mejor dicho perfila y completa al contrato desde un ángulo económico diciendo que su papel como mecanismo para transferir riesgos entre agentes económicos, es una consecuencia directa de la idea de que el contrato es una manifestación de una voluntad reciproca de transferir derechos desde una parte que *los valora menos a otra parte que los valora más*, a cambio de una contraprestación que compense dicha transferencia de derechos.

Por su parte y según Rivera, el planteo que el AED hace del contrato nace del modelo del contrato perfecto cuyas premisas son: que los contratantes actúan racionalmente o sea persiguiendo su utilidad; que disponen de todas las informaciones contractualmente relevantes; que regulan todos los puntos igualmente relevantes; que el contrato ha sido celebrado de buena fe; que el engaño, las amenazas y el poder monopolista están excluidos y por último, aquello que da justificación a la eficacia obligatoria del contrato: *que ambas partes obtengan de él una utilidad*.

Ya se ha visto que para el AED, la idea de eficiencia es más que central y en un mayor desarrollo del concepto, será necesario consignar que se entiende por eficiencia *de pareto*, una situación social en la que sólo se consigue una mejora para alguien, si al menos otra persona sufre por tal motivo un perjuicio.

Vinculado a este concepto se encuentra el *máximo paretiano* como una situación ideal, en virtud de la cual la asignación de recursos en la sociedad es perfecta, de tal forma que sólo es posible mejorar la situación de uno de sus integrantes, perjudicando a otro; al respecto, será importante subrayar que esta situación es similar al mercado perfecto, en el sentido que no es una situación real, sino por el contrario, es el *deber ser* de las normas sociales.

Del principio de eficiencia paretiana se sigue que nadie debe estar mejor si a consecuencia de ello otra persona debe estar peor, ya sea la contraparte o un tercero.

A su vez, el criterio de *optimalidad* de Pareto se ha definido como la imposibilidad de cambiar la situación social de un grupo por otra distinta, sin que se perjudique a por lo menos, un individuo de otro grupo.

En otros términos, es aquella situación en la cual se cumple que no es posible beneficiar a más elementos de un sistema sin perjudicar a otros.

Se basa en criterios de utilidad: si algo genera o produce provecho, comodidad, fruto o interés sin perjudicar a otro, provocará un proceso natural de optimización hasta alcanzar el punto óptimo.

El criterio de Pareto exige pues moverse de un estado social a otro de modo tal que no produzca perdedores, lo que por cierto no se compadece con la realidad, toda vez que la mayor parte de las políticas del mundo real, producen ganadores y perdedores.

Para solucionar este problema, Nicholas Kaldor desarrolló en 1939 la idea de la compensación potencial, conocida luego como el criterio Kaldor - Hicks por el aporte de este último; así entonces, un estado de cosas es eficiente, si después del cambio, los ganadores dan alguna compensación a los perdedores. Este criterio supera al de Pareto por

cuanto de este último se desprende, que a pesar que el beneficio que se obtenga de dañar a la otra parte o a un tercero, sea mayor que la pérdida que se provoca, dicho acto no deberá realizarse, con la consiguiente pérdida de bienestar social.

Así, el llamado óptimo de Kaldor-Hicks implica que si un cambio en la distribución de la renta permite a los que ganan, compensar a los que pierden, el resultado es un incremento del producto y por tanto del bienestar general; se le califica como potencial, porque es irrelevante el que se realice o no la compensación.

El criterio de Kaldor-Hicks es un principio de maximización de la riqueza; por ello, el contrato sólo debe poder realizarse si el beneficio social, es mayor que los costos sociales de efectuarlo.

Alguna otra crítica a Pareto, afirma que claramente este es un razonamiento individualista, tomando al individuo como único criterio de valor, toda vez que pone de relieve el bienestar de uno o la concepción que se tenga de ese bienestar, para determinar *ex ante*, lo que sería el bienestar de todos.

Según el criterio de Pareto, el incumplimiento es eficiente cuando las partes están mejor luego del incumplimiento que lo que estarían en una situación anterior, lo que implica afirmar y reconocer que a veces, es más eficiente no cumplir un contrato cuando los costos de cumplimiento exceden los beneficios de todos.

Para Sola, la pregunta desde el análisis económico del derecho, es saber si puede haber un incumplimiento eficiente de los contratos y la respuesta en aplicación del estricto criterio de Pareto será que, el incumplimiento es eficiente cuando las partes están mejor luego del incumplimiento que lo que estarían en una situación anterior lo que equivale a reconocer que a veces es más eficiente no cumplir un contrato, cuando los costos de cumplimiento exceden beneficios de todos.<sup>26</sup>

La interpretación económica de la excepción de incumplimiento tiene que ver con la idea de que un intercambio originalmente eficiente puede tornarse ineficiente en el momento en que tiene que cumplir-

26 SOLA, Juan Vicente. "El fin del nudo gordiano constitucional". *LL Sup. Esp. La emergencia y el caso Massa*. Corte Suprema de Justicia de la Nación. 2006.12.27; Massa, Juan Agustín c. Poder Ejecutivo Nacional

pueden haberse presentado cambios de circunstancias que hacen que lo que parecía eficiente en un primer momento, se torne en menos eficiente; así entonces, el cambio de circunstancias puede significar que incumplir, pueda ser más eficiente que cumplir y en verdad que nada habría que objetar a tal conducta; ante la opción o disyuntiva de cumplir y perder o incumplir y pagar, la solución eficiente no pudiera ser otra que la segunda, pues aún perdiendo, se gana.

De hecho existen instituciones jurídicas que están vinculadas al cambio de circunstancias entre la celebración del contrato y su ejecución y cuya aplicación puede ser necesaria, como un paliativo para evitar resultados ineficientes.

La excesiva onerosidad sobrevenida que establece el art. 1198 del Cód. Civil, resulta un ejemplo y acuerda al perjudicado, tanto la posibilidad de obtener la resolución del contrato, como la de lograr su modificación, mediante el ejercicio de la acción de revisión o de reajuste.

Pero en realidad uno de los puntos aquí en debate como segunda hipótesis, estará en el tipo de incumplimiento que solo y únicamente tiene por finalidad permitir para una de las partes, una mejor asignación de los recursos empleados en el contrato inicial y no en el incumplimiento por variables ajenas posteriores, que produjeron un cambio en las circunstancias primitivas.

Es decir, ante el mejor ofrecimiento u oferta que substituye la del primer contrato en curso de ejecución y que aún resuelto este conforme a lo pactado, es decir indemnizada la contraparte, importa una maximización de los mismos recursos empleados, la pregunta parece nacer por si sola:

¿Es jurídicamente admisible su ruptura en un contexto y marco normativo donde los contratos se celebran para ser ejecutados? pues donde queda entonces, en y para un orden social justo, la necesaria buena fe en su ejecución, que prescribe y ordena la primera parte de la norma antes citada.

Y dando ahora un paso más: ¿es ética tal conducta? y si no lo es ¿sería económicamente resarcible para la contraparte y de modo adicional el ejercicio de tal comportamiento, aún por sobre la reparación debida?

## VII

Una de las críticas más acentuadas al AED, entre otras más técnicas si se quiere, deriva de entenderlo o en todo caso aprehenderlo como una visión reduccionista del derecho, donde solo se prioriza la maximización del beneficio o la reproducción de la riqueza. Algunos autores lo han tildado de mero producto del capitalismo neoliberal que desmanteló lo social, en pos de la maximización económica a ultranza a través de la concreción de un Estado mínimo.

Así por ejemplo y desde un fallo, véase como se ha reprochado duramente el diseño inicial de la ley de riesgos del trabajo de 1994, en pleno auge de las políticas flexibilizadoras muy propias del modelo neoliberal vigente a tal tiempo, diciendo que su esquema<sup>29</sup> "ha tenido la concepción del análisis económico del derecho en su versión más regresiva, es decir en la que no prioriza la protección integral del hombre en su dimensión de tal; ergo el ámbito axiológico o político-económico que le vincula con los presupuestos económicos que informan y condicionan su enfoque le convierten en motivo de rechazo por razón de su identificación con un reduccionismo economicista cuyo criterio fundamental consiste en la eficiencia entendida como maximización de la riqueza y la inaceptabilidad se acentúa cuando se asume el criterio de eficiencia como sinónimo de justicia y se pretende que la maximización de la riqueza es la solución más adecuada para sentar las bases de un sistema legal justo."

A mayor abundamiento también hay quienes se preguntan y con total validez ¿por qué la maximización del bienestar es un objetivo social legítimo? o en definitiva ¿por qué una sociedad con mayor bienestar económico, es o será mejor que una con menores niveles de bienestar?

Según Dworkin, cuando se asignan derechos tratando de maximizar el bienestar, no se promueve ni se alcanza otro objetivo social o moral fuera de la maximización de bienestar, por lo que se trataría entonces de un argumento circular que presenta encubiertamente a la maximización del bienestar, como un fin en sí mismo.

29 Amar, Cecilia A. e. La Buenos Aires; New York Life Seguros S. A. Tribunal del Trabajo Nro. 1 de Necochea. 23.08.1999; LLBA 1999, 1184 - DT 2000-A, 1147.

## VIII

Ya se ha dicho. Algunos críticos del análisis económico del derecho o renuentes a él, han señalado que representa un cierto imperialismo de los economistas que pretenden avanzar con sus recetas sobre las otras ciencias sociales y en verdad y se comparte que la situación es realmente la inversa; una vez conocido lo útil del método económico, son los investigadores especializados en el derecho, es decir nosotros los abogados, los que debemos avanzar para ampliar nuestra comprensión sobre el tema, utilizando nuevas herramientas<sup>30</sup> procurando de tal modo, la enorme proposición de Nino señalada en el principio.

Para Sola, gran parte de la confusión sobre el derecho y economía, está basada en el error de imaginar que la economía es un lenguaje normativo que quiere reemplazar al derecho, pues imaginan algunos que se trata de un nuevo derecho natural de bases técnicas, como ocurrió en el pasado con la llamada economía de bienestar de cuño keynesiano, que tuvo un fuerte contenido normativo y la idea de la mano invisible del Estado.

Rivera por su parte sostiene que el AED no prescinde de los valores jurídicos tradicionales, sino que simplemente propicia la incorporación de elementos provenientes de la economía para el estudio de los fenómenos jurídicos.<sup>31</sup>

¿Y entonces porqué no? si como afirma Coloma, es preferible explicar lo poco que se conoce, que denostar lo mucho que se ignora, señalando el mismo autor, que este último es el criterio que sigue la mayor parte de la literatura internacional sobre el AED y que a su entender, asegura un camino para ir avanzando luego en el estudio de las fortalezas y debilidades de cada norma en particular.

El AED debe ser entendido y vale remarcarlo, como una novedosa herramienta de análisis del derecho como perspectiva más que interesante y poco debe importar si ha sido mal utilizado o en rigor, perversamente aprovechado, por aquella concepción capitalista neoliberal abandónica de elementales derechos, apropiada por la concepción del Estado mínimo.

<sup>30</sup> Sola, Juan Vicente. Artículo citado nota 20.

<sup>31</sup> RIVERA, Julio César. Economía e Interpretación Jurídica. LL. 2002-F, 1163

Por último y en el ámbito de la Justicia y particularmente la nuestra, Ana Piaggi ha calificado a la eficiencia como uno de los tópicos esenciales en la teoría del análisis económico, que permite determinar la estructura correcta, la conducta adecuada y el carácter apropiado de la actividad económica que tiene al derecho a través de las instituciones o sea a través de la sociedad.

Eficiencia, recuerda la Doctora Piaggi, equivale a situaciones donde no existe el derroche y la sociedad dispone del máximo beneficio posible con el menor costo necesario y hace poco más de diez años ya, culminaba su pensamiento con un dramático y serio llamado de atención a la sociedad diciendo que *"Así como cuando una empresa opera sin eficiencia plena lo probable es que pierda participación en el mercado y finalmente quiebre, si el Poder Judicial de la República Argentina continúa ineficiente, la Nación pagará el precio en su crecimiento, viabilidad, respeto y concurrencia internacional. La amenaza es real y constante, no hipotética, como puede verse con una simple ojeada a la realidad circundante"*<sup>32</sup>.

Solo resta señalar que ni por asomo crea o presuma el lector -si es que hasta aquí pacientemente ha llegado- que con la suma de los conceptos y esbozos vertidos precedentemente ha ingresado siquiera al umbral del verdadero ámbito del Análisis Económico del Derecho, para el cual en verdad y antes, serán necesarios conocimientos substanciales de economía para captarlo en su verdadera dimensión, no obstante lo cual, persistir en un más ajustado concepto de eficiencia en el ámbito del derecho y la justicia, parece a esta altura de nuestro desarrollo como sociedad, una siembra eficazmente necesaria.

32 PIAGGI, Ana. "Desarrollo económico, Poder Judicial y competitividad en la República Argentina." LL 1998-D, 1265. Y agrega: Toda organización hoy día tiene el imperativo de mejorar su tiempo de reacción; aumentar la calidad, alcanzar costos reales más bajos, crear conceptos de gestión más flexibles, enseñar la función de los valores de la cultura organizacional deseada a sus integrantes y modificar las estrategias de administración [...] La economía de la justicia es sólo una parte del análisis económico del derecho y los estudios de administración judicial tienen ya larga tradición en la política judicial de algunos países desarrollados. Sin embargo, en Argentina los estudios sobre calidad de justicia son escasos, los diagnósticos se basan usualmente en simple intuición y la información de que dispone la sociedad sobre su funcionamiento es de baja calidad; concretamente, la información estadística, estrecha de miras, es dispersa, tardía, costosa, plagada de errores y lagunas, carente de continuidad, adolece de gran retraso, no es sistemática y carece de rigor"