



Francesco Parisi(*)

Escuelas positivas, normativas y funcionales en el **Análisis Económico del Derecho**(**)

“LOS PRIMEROS AÑOS DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO SE CARACTERIZARON POR LA INCOMODIDAD DE ALGUNOS ACADÉMICOS JURÍDICOS TRADICIONALES EN ACEPTAR LA NOCIÓN DE LA MAXIMIZACIÓN DE LA RIQUEZA COMO PARADIGMA COMPLEMENTARIO DE LA JUSTICIA”.

Resumen

A lo largo de su relativamente corta historia, el movimiento del análisis económico del Derecho ha desarrollado tres escuelas de pensamiento distintas. Las dos primeras, frecuentemente referidas como la escuela de Chicago (escuela positiva) y la escuela de Yale (escuela normativa), se desarrollaron casi concurrentemente. La escuela funcional del análisis económico del Derecho, posteriormente desarrollada, se aparta de la teoría de la elección pública y de la perspectiva constitucional de la escuela económica de Virginia para ofrecer una tercera perspectiva que no llega a ser enteramente positiva o normativa. Varias importantes preguntas metodológicas han acompañado el debate entre estas escuelas en relación al rol apropiado del análisis económico en el diseño institucional de la generación de normas y a los límites de los métodos de evaluación de las preferencias sociales y del bienestar colectivo en el análisis de las políticas públicas. Estas discusiones han contribuido al creciente interés intelectual por el análisis económico del Derecho.

(*) Profesor de la Universidad de Minnesota y en la Universidad de Bolonia, Departamento de Economía en la Universidad de Módena y Reggio Emilia, Departamento de Economía y Centro para la Investigación Económica.

(**) El ensayo original lleva por título: *Positive, normative and functional schools in Law and Economics*. En: *European Journal of Law and Economics*, Volumen XVIII, Número 3. 2004, pp. 259-272. La traducción y la publicación se hacen bajo la autorización expresa del autor.

La traducción del inglés estuvo a cargo de Sergio Cueva, miembro de la Asociación Civil IUS ET VERITAS, bajo la supervisión de Renzo E. Saavedra Velazco, Profesor de Derecho Civil en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Se han añadido notas del supervisor para procurar esclarecer y/o enriquecer algunos pasajes del trabajo traducido o para incluir algunas referencias bibliográficas, las cuales serán identificadas con la abreviatura (NS).

1. Los orígenes y la creciente preponderancia del análisis económico del Derecho

Diversas preguntas metodológicas importantes han acompañado el crecimiento y la evolución del análisis económico del Derecho. Los economistas y los juristas han debatido sobre el rol apropiado del análisis económico en el diseño institucional de la producción de normas y los límites de los métodos de evaluación de las preferencias sociales y del bienestar agregado en el análisis de políticas. En muchos aspectos, estos debates metodológicos han contribuido a la diversificación de metodologías en el análisis económico del Derecho.

1.1. Los orígenes del Derecho y Economía moderna

El Derecho y la Economía es probablemente el más exitoso ejemplo de la reciente oleada de la Economía aplicada a las áreas que fueron alguna vez consideradas más allá del ámbito del análisis económico y de su estudio de las transacciones de mercado explícitas. Metodológicamente, el análisis económico del Derecho emplea el aparato conceptual y los métodos empíricos de la Economía al estudio del Derecho.

Se han realizado extensas investigaciones para identificar el marco histórico y los antecedentes del análisis económico del Derecho moderno. El trabajo enciclopédico preparado por Jürgen Backhaus⁽¹⁾ contiene varias anotaciones bibliográficas dedicadas a los precursores y a los exponentes europeos primigenios del movimiento del análisis económico del Derecho^(NS1). Resulta interesante observar que, si bien el reconocimiento del análisis económico del Derecho como un campo independiente de investigación es el resultado de los estudios realizados en los Estados Unidos luego de la década de 1970, es en Europa donde se puede encontrar la mayor cantidad de precursores. Dos notables antecedentes del análisis económico del Derecho incluyen el trabajo de Adam Smith sobre los efectos económicos de la legislación⁽²⁾,

“(…) EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO NO PUEDE SEGUIR SIENDO CONSIDERADO COMO UNA RAMA DE LA MICROECONOMÍA APLICADA, SINO QUE DEBE SER CONSIDERADO UN CAMPO QUE CONTRIBUYE A LA COMPRENSIÓN DEL PROPIO SISTEMA ECONÓMICO”.

y la teoría de la legislación y el utilitarismo de Jeremy Bentham⁽³⁾.

En los Estados Unidos no fue sino hasta mediados del siglo XX -a través del trabajo de Henry Simon, Aaron Director, Henry Manne, George Stigler, Armen Alchian, Gordon Tullock y otros- que las relaciones entre el Derecho y la Economía se convirtieron en el objeto de una pretensión académica seria. La regulación del Derecho comercial y económico fue de interés entre los primeros académicos estadounidenses del análisis económico del Derecho. Las primeras investigaciones se concentraron en las áreas relacionadas con el Derecho Corporativo, el Derecho Tributario y el Derecho de la Competencia. Al hacerlo, la primera generación de académicos del análisis económico del Derecho igualó los esfuerzos de otros economistas para intentar explicar el funcionamiento de mercados económicos explícitos y el impacto de las limitaciones legales alternativas -tales como los impuestos y la regulación económica- en el mercado.

(1) BACKHAUS, Jürgen (editor). *The Elgar Companion to Law and Economics* (Cheltenham, Reino Unido. Edward Elgar Publishing, 2003).

(NS1) Entre los que destaca por sus pioneros estudios el profesor italiano Pietro Trimarchi. Sobre el gran aporte de Trimarchi al desarrollo del análisis económico del Derecho nos remitimos a PARISI, Francesco. *Laudatio: Pietro Trimarchi*. Traducción de Renzo E. Saavedra Velazco. En: IUS ET VERITAS, Número 37. 2008, pp. 16 y siguientes.

(2) SMITH, Adam. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. 1776.

(3) BENTHAM, Jeremy. *Of Laws in General*. 1782.; *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. 1789.



Francesco Parisi

En la década de 1960, el trabajo pionero de Ronald Coase y Guido Calabresi trajo a la luz el grado de penetración de la Economía en las diferentes áreas del Derecho. La ruptura del molde metodológico producida por Coase permitió ampliaciones inmediatas a las áreas de la responsabilidad extracontractual, la propiedad y el contrato. Sin embargo, el poder analítico de su trabajo no se limitó a estos campos y las siguientes contribuciones del análisis económico del Derecho demuestran el alcance explicativo y analítico de su metodología en otras áreas del Derecho.

Se puede detectar un enfoque distinto entre las contribuciones del análisis económico del Derecho a inicios de la década de 1960 y aquellas que le siguieron en la década de 1970. Mientras que las investigaciones anteriores valoraban los efectos de las reglas jurídicas en el funcionamiento normal del sistema económico (es decir, consideraban el impacto de las reglas jurídicas en el equilibrio de mercado), la siguiente generación utilizó el análisis económico en aras de lograr una mejor comprensión del sistema jurídico. En efecto, en la década de 1970, un buen número de importantes aplicaciones de la Economía en el Derecho evidenció gradualmente la estructura económica de casi todo aspecto de un determinado sistema jurídico: desde sus orígenes y evolución hasta sus reglas sustanciales, procesales y constitucionales.

A pesar de cierta resistencia a la aplicación de la Economía al comportamiento no regido por el mercado, los importantes vínculos entre el análisis jurídico y el análisis económico, así como el significado social del objeto de estudio, fueron en sí mismos garantía de éxito y fecundidad para el análisis económico del Derecho.

Un ingrediente importante para el éxito de las investigaciones que aplican el análisis económico del Derecho ha sido la creación de revistas especializadas sobre la materia. La primera revista de este tipo, el *Journal of Law and Economics* se publicó en 1958 en la Universidad de Chicago. El primer editor, Aaron Director, debe ser reconocido por esta importante iniciativa, exitosamente seguida por Ronald Coase. Otras

revistas se publicaron en los años siguientes: en 1972, el *Journal of Legal Studies*, también en la Universidad de Chicago, fue fundada bajo la dirección de Richard Posner; en 1979, el *Research in Law and Economics*, bajo la dirección de Richard Zerbe, Jr.; en 1981, el *International Review of Law and Economics* se publicó en el Reino Unido bajo la dirección de Charles Rowley y de Anthony Ogus (posteriormente acompañados por Robert Cooter y Daniel Rubinfeld); en 1982, el *Supreme Court Economic Review*, bajo la dirección de Peter Aranson (posteriormente acompañado por Harold Demsetz y Ernest Gellhorn); en 1985, el *Journal of Law, Economics and Organization*, bajo dirección de Jerry Mashaw y Oliver Williamson (posteriormente acompañado por Roberta Romano); y, más recientemente, en 1994, *European Journal of Law and Economics* fue lanzado bajo la dirección editorial de Jürgen Backhaus y Frank Stephen. Estas revistas especializadas proporcionaron -y continúan proveyendo- un foro de sumo valor para el estudio de la estructura económica del Derecho.

En muchos aspectos, el impacto del análisis económico del Derecho ha excedido sus ambiciones planificadas. Un efecto de la incorporación de la Economía en el estudio del Derecho ha sido el transformar irreversiblemente la metodología jurídica tradicional. Las normas jurídicas comenzaron a ser estudiadas como un sistema de trabajo, un claro cambio de la tradición de Langdelliana^(NS2), que había confiado casi exclusivamente en el marco autónomo del análisis de casos y clasificación, considerando el Derecho tan solo como poco más que un sistema de archivos. La Economía proporcionó el rigor analítico necesario para

(NS2) La referencia es a Christopher Columbus Langdell, quien fue Decano de la Universidad de Harvard y promovió, tanto desde su cátedra del curso de contratos en dicha Universidad (1870) cuanto desde su posición de Decano, la metodología de estudio de las Facultades de Derecho norteamericanas que importa el análisis de casos. Algunos lo consideran como el padre de tal método aunque existen referencias que demostrarían, al menos, que habrían otros intelectuales que habían propuesto el *case method*.

Escuelas positivas, normativas y funcionales en el Análisis Económico del Derecho

el estudio del extenso cuerpo de normas legales presentes en un sistema jurídico moderno. Esta revolución intelectual surgió en un momento apropiado, cuando la academia jurídica buscaba activamente una herramienta que permitiera la valoración crítica del Derecho, más que meramente reforzar las consistencias dogmáticas del sistema.

La unión del Derecho y la Economía también ha afectado la profesión económica, contribuyendo a la extensión del dominio original del análisis microeconómico -el estudio del individuo y opciones organizacionales en el mercado- al estudio y entendimiento de fenómenos fuera del mercado.

1.2. El dominio evolucionado del análisis económico del Derecho

A pesar del gran alcance analítico de la Economía, quedaba claro desde un principio que la capacidad de los economistas para la evaluación de asuntos jurídicos era limitada. Mientras que la perspectiva del economista podría demostrar ser crucial para el análisis positivo de la eficiencia de las normas jurídicas alternativas y del estudio de los efectos de las reglas en la distribución de la riqueza y de los ingresos, los economistas generalmente reconocieron los límites de su papel en la provisión de prescripciones normativas para el cambio social o la reforma jurídica.

El reconocimiento de la naturaleza positiva del análisis económico del Derecho no bastaba para disipar los diversos malentendidos y controversias en el entorno jurídico, engendrados por la revolución metodológica del movimiento del Derecho y la Economía. Como Coase⁽⁴⁾ señalaba, la cohesión de técnicas económicas permite que la Economía se mueva exitosamente a otro campo, tal como el Derecho, y que lo domine intelectualmente. Pero las diferencias metodológicas jugaron un rol importante en la incómoda relación entre el Derecho y la Economía. La metodología popperiana de la ciencia positiva era en muchos aspectos discordante con los paradigmas existentes del análisis jurídico. Rowley⁽⁵⁾ caracteriza tales diferencias, al observar que la Economía positiva sigue el enfoque popperiano, por el cual las hipótesis (o modelos) probables se derivan por medio de la deducción lógica, para luego ser probados empíricamente. Por otra

parte, el análisis jurídico anglo-americano es generalmente inductivo: los juristas utilizan juicios individuales para construir una premisa general del Derecho. A pesar de estas diferencias metodológicas, se ha hecho mucho trabajo en el análisis económico del Derecho, logrando con ello un enriquecimiento recíproco de las herramientas analíticas de ambas disciplinas.

El análisis económico del Derecho se apoya en la asunción económica estándar según la cual los individuos son maximizadores racionales y estudia el rol del Derecho como medio para cambiar los precios relativos adjuntos a las acciones individuales alternativas. Bajo esta aproximación, un cambio en la regla de Derecho afectará el comportamiento humano al alterar la estructura relativa de precios -y así la restricción- del problema de la optimización. La maximización de la riqueza, sirviendo como paradigma para el análisis del Derecho, puede así ser promovida o restringida por las normas jurídicas.

Los primeros años del análisis económico del Derecho se caracterizaron por la incomodidad de algunos académicos jurídicos tradicionales en aceptar la noción de la maximización de la riqueza como paradigma complementario de la justicia. Si bien la mayor parte de las diferencias gradualmente fueron demostrando ser verbales en gran parte -y muchas otras fueron disipadas por la aceptación gradual de una distinción entre los paradigmas de la maximización de la utilidad y la maximización de la riqueza- dos objeciones siguen afectando las líneas del debate. La primera se relaciona con la necesidad de especificar un grupo inicial de derechos individuales como requisito previo y necesario para volver operable la maximización de la riqueza. La segunda

(4) COASE, Ronald. *Economics and Contiguous Disciplines*. En: *Journal of Legal Studies*. Número 7. 1978. pp. 201-211.

(5) ROWLEY, Charles K. *Social Sciences and the Law: The Relevance of Economic Theories*. En: *Oxford Journal of Legal Studies*. Número 1. 1981. pp. 391-405.



Francesco Parisi

surge de la dificultad teórica de definir el rol apropiado de la eficiencia como ingrediente de la justicia, en relación a otras aspiraciones sociales.

En su bien conocida defensa de la maximización de la riqueza como guía para la acción judicial, Posner⁽⁶⁾ distingue la riqueza o utilidad esperada de los precios de mercado. Si bien los precios de mercado pueden no siempre reflejar completamente las valoraciones idiosincrásicas, evitan el contraer comparaciones de utilidades interpersonales, con la oportunidad de que la racionalización *ex post* de posiciones sea llevada a terrenos emocionales. La postura de Posner simpatiza con las premisas de un enfoque basado en el derecho de propiedad a las relaciones jurídicas y enfatiza la importancia de una distribución inicial de los derechos de propiedad antes que cualquier cálculo de maximización de la riqueza. Su paradigma de la maximización de la riqueza sirve como común denominador tanto para las perspectivas utilitarias, como para las individualistas. Al combinar elementos de ambos, Posner proporciona una teoría de la maximización de la riqueza que se acerca más a una filosofía política de consenso que cualquier otro principio político abovedado.

En cambio, Calabresi⁽⁷⁾ alega que un aumento de riqueza no puede constituir una mejora social a menos que promueva algún otro objetivo, tal como la utilidad o la igualdad. Negando que uno pueda compensar la justicia con la eficiencia, argumenta que la eficiencia y la distribución son componentes de la justicia, la que es un objetivo de orden distinto a cualquiera de estos componentes. Así, Calabresi defiende el análisis económico del Derecho como un valioso examen de ciertos ingredientes de la justicia, más que un examen directo de la justicia en sí misma.

La resistencia intelectual que ha caracterizado el nacimiento del análisis económico del Derecho puede ser solo temporal. Tanto los profesionales del Derecho como los diseñadores de políticas vienen estando al tanto del importante rol del análisis económico en sus disciplinas y ya hemos mencionado algunas contribuciones significativas a la teoría económica general

por parte de los juristas en el movimiento del análisis económico del Derecho. Asimismo, como ha señalado Coase⁽⁸⁾, los economistas han venido a darse cuenta de que las ciencias sociales también están entrelazadas con el sistema económico como para ser parte del sistema económico en sí. Por esta razón, el análisis económico del Derecho no puede seguir siendo considerado como una rama de la microeconomía aplicada, sino que debe ser considerado un campo que contribuye a la comprensión del propio sistema económico. El estudio de los efectos de otras ciencias sociales en el sistema económico se convertirá, pronostica Coase, en una parte permanente del campo de la Economía.

Coase también estudia las razones de la migración de los economistas a otras ciencias sociales e intenta predecir el futuro de este fenómeno. Los grupos de estudiosos están enlazados por técnicas comunes de análisis, por una teoría o enfoque común a la materia, y/o una materia común. En el corto plazo, sostiene Coase, las técnicas de análisis de un grupo pueden darle tales ventajas que sea capaz de moverse exitosamente a otra área y que pueda incluso dominarla. En el largo plazo, sin embargo, el tema de fondo tiende a ser la fuerza cohesiva dominante. Si bien las técnicas analíticas empleadas por los economistas -como, por ejemplo, la programación lineal, los métodos cuantitativos, y el análisis de costo-beneficio- pueden haber recientemente ayudado al ingreso de los economistas a otras ciencias sociales, Coase predice que tal movimiento solo puede ser temporal. Después de todo, una vez que el valor del saber de los economistas sea reconocido, será adquirido por algunos de los

(6) POSNER, Richard A. *Wealth Maximization Revisited*. En: *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*. Número 2. 1985. pp. 85-105.

(7) CALABRESI, Guido. *About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin*. En: *Hofstra Law Review*. Número 8. 1980. pp. 553-562.

(8) COASE, Ronald. *Loc. cit.*

Escuelas positivas, normativas y funcionales en el Análisis Económico del Derecho

profesionales en estos otros campos (como está sucediendo en el campo del Derecho).

A medida que el dominio del análisis económico del Derecho continúa expandiéndose, su perspectiva sobre asuntos metodológicos no se ha estancado. Si bien este ensayo introductorio enfatiza la amplia gama de aplicaciones sustanciales, cierto grado de controversia todavía rodea varios de los cimientos metodológicos, normativos, y filosóficos del enfoque económico hacia el Derecho. La mayor parte de las diferencias ideológicas tienden a perder importancia porque sus paradigmas operativos a menudo conducen a resultados análogos cuando se aplican a casos reales. Sin embargo, algunos académicos perciben que el estado actual del análisis económico del Derecho es comparable al estado de la Economía antes del llegada de la teoría de la elección pública en la medida que faltaba una comprensión sobre las “fallas políticas” en el estudio de las fallas del mercado⁽⁹⁾. La elección pública puede de hecho inyectar una perspectiva escéptica -y a veces perjudicial- al marco más simple y elegante de la Economía neoclásica, pero este elemento agregado bien puede ser necesario para entender mejor una realidad compleja. De alguna manera, la incorporación sistemática de la teoría de la elección pública al enfoque económico hacia el Derecho ha contribuido a tender un puente sobre las perspectivas normativas contradictorias en el análisis económico del Derecho, por lo menos llevando la discusión al terreno más firme de la teoría de la decisión colectiva.

La Economía es una herramienta poderosa para el análisis del Derecho. Si los seres humanos maximizan racionalmente su utilidad, riqueza o bienestar, entonces responden racionalmente a los cambios en las limitaciones exógenas, tales como las leyes. Esta asunción de racionalidad proporciona los cimientos básicos para mucha de la literatura del análisis económico del Derecho. Basándose en la asunción económica regular de que los individuos son maximizadores racionales, las herramientas sofisticadas de la teoría de precios se han convertido en una gran ayuda en el estudio y la elección de las normas jurídicas⁽¹⁰⁾. Si bien existe gran consenso acerca

“(…) LOS ECONOMISTAS DEL ESTILO DE CHICAGO GENERALMENTE RECONOCIERON LOS LÍMITES DE SU PAPEL DE PROVEER RECETAS NORMATIVAS PARA EL CAMBIO SOCIAL O LA REFORMA JURÍDICA. POR EL CONTRARIO, LA ESCUELA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO DE YALE, A MENUDO DESCRITA COMO LA ESCUELA “NORMATIVA”, CREE QUE HAY UNA MAYOR NECESIDAD DE INTERVENCIÓN LEGAL PARA CORREGIR LAS FORMAS DOMINANTES DE FALLAS DE MERCADO”.

del valor de la teoría económica en el estudio de las normas jurídicas, afloran importantes diferencias metodológicas con respecto a la elección de los instrumentos apropiados del análisis jurídico y la elección del método para la evaluación de las preferencias sociales. Discutiré brevemente estos problemas metodológicos en su debido momento.

2. Escuelas y perspectivas intelectuales en el análisis económico del Derecho

La mayoría de los profesionales del análisis económico del Derecho creen que hay muchos aspectos en común que unifican a todos los académicos de la disciplina, sin importar su

(9) Véase: BUCHANAN, James. *Good Economics-Bad Law*. En: *Virginia Law Review*. Número 60. 1974. pp. 483-492; y ROWLEY, Charles K. *The Common Law in Public Choice Perspective: A Theoretical and Institutional Critique*, En: *Hamline Law Review*. Número 12. 1989. pp. 355-383.

(10) COOTER, Robert. *Prices and Sanctions*. En: *Columbia Law Review* n° 84. 1984. pp. 1523-1560.



Francesco Parisi

credo ideológico: una búsqueda de nuevas aproximaciones al Derecho mediante la aplicación de conceptos y teorías económicas⁽¹¹⁾. A pesar de esta declaración común, se pueden identificar varias escuelas en el análisis económico del Derecho, cada una con un programa de investigación elaborado y un enfoque metodológico distinto.

2.1. Las escuelas de Chicago y Yale: enfoques positivos versus enfoques normativos en el análisis económico del Derecho

Durante el primer período de la disciplina, la producción académica en el análisis económico del Derecho ha sido catalogada como perteneciente al estilo de Chicago o al de Yale. Estas etiquetas hicieron referencia al enfoque positivo o normativo respectivo utilizado por cada escuela. Los orígenes de las escuelas de análisis económico del Derecho de Chicago y de Yale son atribuibles al temprano trabajo de unos pocos académicos, incluyendo el trabajo pionero de Ronald Coase y Guido Calabresi a inicios de la década de 1960.

En este punto, las diferencias metodológicas emergieron con diferencias prácticas sustantivas. La escuela de Chicago estableció la mayor parte de sus cimientos en el trabajo realizado por Richard Posner en la década de 1970. Una premisa importante del enfoque de Chicago al análisis económico del Derecho es la idea de que el *Common Law* es el resultado de un esfuerzo -sea consciente o no- para inducir a resultados eficientes. Esta premisa es conocida como la hipótesis de la eficiencia del *Common Law*. Según esta hipótesis, primero profundizada por Coase⁽¹²⁾ y posteriormente sistematizada y ampliada por Ehrlich y Posner⁽¹³⁾, Rubin⁽¹⁴⁾ y Priest⁽¹⁵⁾, las reglas del *Common Law* intentan asignar recursos manera eficiente, ya sea al modo de Pareto o al modo de Kaldor-Hicks. Además,

según la escuela positiva, se sostiene que las reglas del *Common Law* gozan de una ventaja comparativa sobre la legislación a la hora de cumplir esta tarea debido a la selección evolutiva de las normas del *Common Law* a través de las decisiones judiciales. Varias contribuciones importantes proporcionan los cimientos para esta afirmación; los académicos que han fomentado teorías en apoyo a la hipótesis están, sin embargo, a menudo en desacuerdo en cuanto a su base conceptual.

La hipótesis primaria promovida por el análisis económico del Derecho positivo es así la noción de que la eficiencia es el factor predominante que le da forma a las reglas, procedimientos, e instituciones del *Common Law*. Posner arguye que la eficiencia es un criterio defendible en el contexto de la toma de decisiones judiciales porque las consideraciones sobre la "justicia" -en el contenido sobre el cual no hay consenso académico ni político- introducen una ambigüedad inaceptable al proceso judicial.

Al argumentar a favor del uso positivo de la Economía, Posner no niega la existencia de valiosas aplicaciones normativas del análisis económico del Derecho. De hecho, el análisis económico del Derecho tiene a menudo muchas cosas objetivas que decir, que afectarán el análisis normativo de uno acerca de determinada política⁽¹⁶⁾.

(11) MACKAAY, Ejan. *History of Law and Economics*. En: *Encyclopedia of Law and Economics*. Número 1. (Cheltenham, Reino Unido: Edward Elgar Publishing, 2000).

(12) COASE, Ronald. *The Problem of Social Cost*. En: *Journal of Law and Economics*. Número 3. 1960. pp.1-44.

(13) EHRLICH, Isaac y Richard POSNER. *An Economic Analysis of Legal Rule Making*. En: *Journal of Legal Studies*. Número 3. pp. 257-186.

(14) RUBIN, Paul H. *Why is the Common Law Efficient?* En: *Journal of Legal Studies*. Número 6. 1977. pp. 51-63.

(15) PRIEST, George L. *The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules*. En: *Journal of Legal Studies*. Número 6. 1977. pp.65-82.

(16) Posner ofrece el crimen como ejemplo. El análisis económico del Derecho positivo puede ayudar a explicar y predecir cómo diversos castigos van a afectar la conducta de los criminales. Podría determinar que es más probable que cierta sanción desincentive un determinado crimen. Si bien este análisis no significa por sí mismo que la norma debe ser adoptada, puede ser utilizado para influenciar el análisis normativo acerca de si la norma sería beneficiosa para la sociedad.

A pesar del poderoso alcance analítico del análisis económico, los académicos de Chicago desde el principio han reconocido que la aptitud de los economistas en la evaluación de asuntos jurídicos era limitada. Mientras que la perspectiva del economista podía demostrar ser crucial para el análisis positivo de la eficiencia de normas jurídicas alternativas y el estudio de los efectos de normas alternativas en la distribución de la riqueza y de los ingresos, los economistas del estilo de Chicago generalmente reconocieron los límites de su papel de proveer recetas normativas para el cambio social o la reforma jurídica.

Por el contrario, la escuela del análisis económico del Derecho de Yale, a menudo descrita como la escuela “normativa”, cree que hay una mayor necesidad de intervención legal para corregir las formas dominantes de fallas de mercado⁽¹⁷⁾. Las preocupaciones sobre la distribución son centrales para la literatura del estilo de Yale. La filosofía global de este grupo es frecuentemente presentada como más impregnada de valores y más propensa a la intervención de políticas que la escuela de Chicago del análisis económico del Derecho.

A diferencia de su contraparte de Chicago, esta escuela ha atraído a los profesionales liberales que emplean la metodología de la escuela de Chicago, pero que la impulsen a formular proposiciones normativas acerca de cómo debe ser el Derecho⁽¹⁸⁾. Dada la necesidad primordial de buscar la justicia y la imparcialidad en la distribución a través del sistema jurídico, la mayoría de los académicos del estilo de Yale sugerirían que la eficiencia, tal como la define la escuela de Chicago, jamás podrá ser el fin último de un sistema jurídico.

2.2. La escuela de Virginia: el enfoque funcional y la vuelta al individualismo normativo

En los últimos años, una nueva generación de literatura -desarrollada en el interfaz del Derecho, la Economía y la teoría de la elección pública- expande los límites metodológicos del análisis económico del Derecho. El

enfoque resultante es en muchos aspectos funcional en su misión fundamental, cortando a través de la distinción positiva y normativa, así como develando las promesas y trampas de las alternativas normativas y positivas. Este enfoque del análisis jurídico tiene el potencial de renovar la concepción tradicional de la producción normativa, sugiriendo que la evaluación comparativa de fuentes alternativas del Derecho requiere un análisis apropiado de la estructura de incentivos en el ambiente que lo originan. Esta línea de investigación se encuentra atenta a la identificación de fallas políticas en la formación del Derecho, al enfatizar la importancia de mecanismos análogos al mercado en la creación y selección de normas jurídicas.

El enfoque funcional del análisis económico del Derecho se encuentra aún en su fase inicial de desarrollo y lejos de una madurez teórica, pero este enfoque es indiscutiblemente exitoso en presentar algunas preguntas cruciales con respecto a la difícil relación entre las preferencias individuales y los resultados sociales, con énfasis en el diseño de mecanismos institucionales y la opción individual. El enfoque resultante es considerablemente escéptico tanto de las alternativas normativas como de las positivas⁽¹⁹⁾. La teoría de la elección pública proporciona fuertes bases metodológicas para la escuela funcional del análisis económico del Derecho: la incorporación sistemática de los hallazgos de la teoría de la elección pública al análisis económico del Derecho puede servir para tender un puente sobre las perspectivas normativas opuestas a él, al

(17) Véase: MACKAAY. *Loc. cit.*, en donde el autor observa que la escuela de Yale considera que las fallas de mercado son más penetrantes de lo que los académicos de Chicago están dispuestos a admitir. Se considera que la intervención jurídica es la manera apropiada de corregir este tipo de fallas, a pesar de que podría no tener éxito en todos los casos.

(18) MACKAAY, Ejan. *Loc. cit.*

(19) Para una breve historia intelectual de los tres enfoques del análisis económico del Derecho, véase: POSNER, Richard y Francesco PARISI. *Scuole e Tendenze nella Analisi Economica del Diritto*. En: *Biblioteca della Liberta*. Número 147. 1998. pp. 3-20.



Francesco Parisi

menos trayendo el debate al terreno -más firme- de la teoría de la opción colectiva.

El enfoque funcional es cauteloso acerca de las hipótesis de eficiencia generalizadas propugnadas por la escuela positiva. En este sentido, los funcionalistas comparten algo de este escepticismo de la escuela normativa. Nada apoya una confianza generalizada en la eficacia de la ley en todas las áreas del Derecho. Aun más oralmente, la escuela funcional del análisis económico del Derecho es escéptica acerca de una hipótesis de eficiencia general cuando es aplicada a las fuentes del Derecho con excepción del *Common Law* (por ejemplo, la legislación o los reglamentos administrativos).

El enfoque funcional también critica las ampliaciones normativas y de las políticas correctivas *ad hoc*, que a menudo son defendidas por las escuelas normativas. Los modelos económicos son una representación simplificada de la realidad. Así, los funcionalistas piensan que a menudo es peligroso utilizar tales herramientas para diseñar políticas correctivas o intervencionistas. En este sentido, los funcionalistas están alineados con la escuela positiva en su crítica al enfoque normativo. Según tanto los positivistas como los funcionalistas, el análisis económico normativo frecuentemente arriesga el pasar por alto las muchas consecuencias imprevistas de la intervención legal.

Una premisa importante de la aproximación funcional al análisis económico del Derecho es que confía en el individualismo metodológico. Según este paradigma de análisis, solo los individuos eligen y actúan⁽²⁰⁾. El enfoque funcional del análisis económico del Derecho está fundado por un reconocimiento explícito de que sea cual sea la realidad social que busquemos explicar a nivel del conjunto, esta debe ser entendida como resultado de las elecciones y acciones de los seres humanos individuales que persiguen sus metas con un entendimiento independientemente formado de la realidad que los rodea⁽²¹⁾. El individualismo normativo incluso postula que solo el juicio de los individuos puede proporcionar un punto de referencia

relevante contra el cual los méritos de las reglas alternativas pueden ser evaluados.

Si bien apoyan gran parte del saber tradicional, los hallazgos de la teoría de la elección pública plantean varios desafíos al análisis económico del Derecho neoclásico. A pesar de las sofisticadas técnicas matemáticas del análisis económico, en varios casos los jueces y los formuladores de políticas aún carecen de la habilidad y de los métodos para evaluar la eficiencia de las normas jurídicas alternativas. Las Cortes y los formuladores de políticas deben entonces emprender un análisis funcional. Tal análisis requiere que se informen sobre los incentivos subyacentes a la estructura jurídica o social que generó la norma jurídica, más que procurar directamente sopesar los costos y las beneficios de las normas individuales⁽²²⁾. De esta manera, el enfoque funcionalista del análisis económico del Derecho puede ampliar el dominio de la investigación del análisis económico del Derecho tradicional para incluir el estudio de la influencia de las instituciones de mercado y de no-mercado (con excepción de política) en los regímenes jurídicos y en el estudio de las ventajas comparativas de fuentes alternativas de legislación centralizada o descentralizada en la provisión de reglas eficientes.

3. Pareto, Bentham y Rawls: el dilema de la agregación de la preferencia

La necesidad de realizar evaluaciones comparativas entre distintas reglas motiva gran parte del análisis económico del Derecho.

- (20) Véase, por ejemplo: BUCHANAN, James. *The Domain of Constitutional Economics. Constitutional Political Economy*. Número 1. 1990. pp. 1-18, además de las varias contribuciones de la escuela de Virginia de la Economía política.
- (21) VANBERG, Viktor J. *Rules and Choice in Economics*. Londres, Routledge 1994. p. 1.
- (22) Sobre este punto, véase: COOTER *Structural Adjudication and the New Law Merchant: A Model of Decentralized Law*. En: 14 *International Review of Law & Economics*. Número 215. 1994, en donde el autor introduce la idea similar de la adjudicación estructural de las normas.

Por consiguiente, el segundo problema metodológico de esta disciplina tiene que ver con la elección de los criterios para llevar a cabo tal análisis comparativo. En términos prácticos, este problema involucra el método de agregación de las preferencias del individuo a las preferencias sociales. Este problema no es exclusivo del análisis económico del Derecho, si no que es parte de una discusión metodológica mucho más amplia en los campos de la filosofía económica y la Economía de bienestar.

Ya a fines del siglo diecinueve, F.Y. Edgeworth⁽²³⁾ señaló el dilema moral del análisis del bienestar social, observando con ello que el cálculo moral debe proceder con una evaluación comparativa de la “felicidad de una persona con la felicidad de otra. (...) Tal comparación ya no puede ser evitada, si es que ha de existir moral sistemática del todo”. El problema obviamente emerge del hecho de que los economistas no tienen ningún método confiable para medir la utilidad de los individuos, sino solo el hacer comparaciones interpersonales de la utilidad. El análisis económico generalmente utiliza uno de los tres criterios fundamentales de la agregación de la preferencia.

3.1. Preferencias ordinales y el criterio de Pareto

El primer criterio del bienestar social es en gran parte atribuible al economista y sociólogo italiano Vilfredo Pareto. El criterio de Pareto se limita a la investigación de las preferencias *ordinales* de los individuos relevantes. Según Pareto, una asignación óptima es aquella que maximiza el bienestar de un individuo en relación al de otros individuos, este último manteniéndose constante⁽²⁴⁾. En situaciones normales, existen varias posibles soluciones que calificarían para tal criterio de optimalidad social. Por ejemplo, si el problema social consiste en distribuir un beneficio entre dos partes, cualquier distribución hipotética sería óptima en términos de Pareto, dado que no hay redistribución alternativa posible que

haga que una parte esté mejor que antes sin perjudicar a otra parte.

El criterio de Pareto ha sido criticado por dos razones principales: (i) es dependiente del *status quo*, en el sentido de que distintos resultados son alcanzados dependiendo de la elección de la asignación inicial; y, (ii) solamente permite una evaluación *ordinal* de las preferencias, puesto que no contiene ningún mecanismo para inducir a las partes o a los tomadores de decisiones a que revelen o evalúen las preferencias *cardinales* (es decir, la intensidad de preferencias). Como resultado de estos defectos, los académicos (por ejemplo, Calabresi⁽²⁵⁾), han cuestionado la utilidad del criterio de Pareto en su aplicación al análisis económico del Derecho.

3.2. Pruebas utilitarias: Bentham y Kaldor-Hicks

En el siglo diecinueve y a inicios del siglo veinte, los economistas y los filósofos desarrollaron los paradigmas del bienestar, según los cuales el grado de afectación de todos los individuos tenía que ser considerado a la hora de realizar cualquier evaluación comparativa de distintos estados del mundo. Esta tendencia metodológica, relacionada a la filosofía utilitaria, es representada de la mejor manera por los filósofos y juristas tales como Bentham⁽²⁶⁾ y los economistas más recientes como Kaldor⁽²⁷⁾ y Hicks⁽²⁸⁾, quienes formularon de diferentes maneras los criterios del bienestar social que explicaron las preferencias *cardinales* de los individuos.

(23) EDGEWORTH, Francis Y. *Mathematical Psychics* (Londres: C. Kegan Paul, 1881).

(24) Como corolario, un cambio a la alternativa superior de Pareto hace que alguien esté mejor que antes sin hacer que nadie esté peor que antes.

(25) CALABRESI, Guido. *The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further*. En: *Yale Law Journal*. Número 100. 1991. p.1211.

(26) BENTHAM, Jeremy. *A Manual of Political Economy* (Nueva York: G.P. Putnam, 1839).

(27) KALDOR, N. *Welfare Propositions of Economics and Inter-personal Comparisons of Utility*. En: *Economic Journal*. Número 49. 1939. pp. 549-52.

(28) HICKS, J. R. *The Foundations of Welfare Economics*. En: *Economic Journal*. Número 49. 1939. pp. 696-712.



Francesco Parisi

En su obra *Principles of Moral and Legislation*, Bentham⁽²⁹⁾ presenta su teoría del valor y la motivación. Sugiere que la humanidad es gobernada por dos amos: “dolor” y “placer”. Los dos proporcionan la motivación fundamental para las acciones humanas. Bentham observa que no todos los individuos derivan placer de los mismos objetos o actividades, y que no todas las sensibilidades humanas son las mismas⁽³⁰⁾. El imperativo moral de Bentham, que ha influenciado en gran medida el debate metodológico en el análisis económico del Derecho, es que los diseñadores de políticas tienen la obligación de seleccionar las reglas que proporcionen “la felicidad más grande al número más grande”. Tal como ha señalado Kelly⁽³¹⁾, esta formulación es muy problemática, puesto que identifica dos maximandos (es decir, grado de placer y el número de individuos) sin especificar la compensación entre uno y el otro. El enfoque utilitario de Bentham es, en el mejor de los casos, apenas una fuente de inspiración para los propósitos de la política.

Algunos economistas más recientes, incluyendo a Kaldor, Hicks y Scitovsky⁽³²⁾, formularon paradigmas de bienestar más rigurosos que evitaron las ambigüedades teóricas de la proposición de Bentham. Sin embargo, estas formulaciones presentaron un conjunto distinto de dificultades a la hora de su implementación. La idea central de su planteamiento es que el estado A debe ser preferido al estado B si aquellos que ganan por el traslado a A ganan lo suficiente como para compensar a los que pierden. Esta prueba es generalmente conocida como la prueba de compensación potencial de Kaldor-Hicks. Se trata de una prueba de compensación “potencial” porque la compensación de los que pierden es solo hipotética y no necesita darse realmente⁽³³⁾. En términos prácticos, el criterio de Kaldor-Hicks requiere una comparación de las ganancias de un grupo y de las pérdidas del otro. El movimiento es considerado eficiente siempre y cuando los ganadores ganen más de lo que los perdedores pierden. Matemáticamente,

tanto las versiones de eficiencia de Bentham como las de Kaldor-Hicks son llevadas a cabo comparando las rentabilidades agregadas de las varias alternativas y seleccionando la opción que maximiza tal sumatoria.

3.3. Preferencias sociales no lineares: Nash y Rawls

Otros paradigmas del bienestar social parten directamente del enfoque utilitario, sugiriendo que la maximización del bienestar social requiere algo más que la maximización de los beneficios totales para los diversos miembros de la sociedad. Las sociedades están formadas por una red de relaciones individuales y existen ciertos efectos interpersonales importantes que son parte de las funciones de utilidad individual. Adicionalmente, la naturaleza humana se caracteriza por disminuir la utilidad marginal, lo que le da importancia a la distribución de beneficios a través de los miembros del grupo.

Imaginemos dos regímenes hipotéticos: (i) aquel en el cual todos los miembros de la sociedad comen una comida al día; y, (ii) aquel en el que solamente la mitad de la población (determinada al azar) consigue acceder a una doble ración de comida mientras que la otra mitad desafortunada permanece en la hambruna. Desde una perspectiva de Kaldor-Hicks, las dos alternativas no son distinguibles desde el punto de vista de la eficiencia porque la cantidad total de alimento disponible se mantiene en el mismo nivel. En una prueba de Kaldor-Hicks, los que consiguen la ración doble de

(29) BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. 1789, p. 158.

(30) Véase POSNER, Richard A. *Bentham's Influence on the Law and Economics Movement*. En: *Current Legal Problems*. Número 51. 1998. p. 425, para una interesante discusión sobre Bentham y su influencia en el movimiento del análisis económico del Derecho.

(31) KELLY, Paul y Jeremy BENTHAM. 1. *New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. 1998.

(32) SCITOVSKY, T. *A Note on Welfare Propositions in Economics*. En: *Review of Economic Studies*. Número 9. 1941. pp. 77-88.

(33) Se debe tener en cuenta que si efectivamente se llevara a cabo la compensación, cualquier prueba que satisfaga el criterio de eficiencia de Kaldor-Hicks también lograría satisfacer el criterio de Pareto.

comida tienen apenas lo suficiente para compensar a los otros y la sociedad debe seguir siendo así indiferente entre los dos sistemas de asignación. Evidentemente, esta proposición de la indiferencia dejaría insatisfechos a la mayoría de observadores. En ausencia de una compensación real, el criterio no considera la disminuyente ventaja marginal de una segunda ración de comida y el creciente dolor marginal de la hambruna. Asimismo, la distribución al azar de comidas no considera los efectos interpersonales de las asignaciones injustas. Los individuos afortunados sufren una pérdida de utilidad al saber que otros individuos mueren de hambre mientras ellos que gozan de una doble ración. Debido a la disminuyente utilidad marginal del bienestar y de los efectos de la utilidad interpersonal, desde un punto de vista *ex ante*, ningún individuo elegiría el sistema de asignación (ii), aun cuando el rendimiento previsto de (ii) es igual al rendimiento de (i).

Los académicos que intentan evaluar las implicancias de las desigualdades distributivas con respecto al bienestar lo hacen generalmente invocando las teorías de la justicia de Rawls⁽³⁴⁾⁽³⁵⁾ o utilizando el marco del bienestar de Nash⁽³⁶⁾⁽³⁷⁾.

La intuición que subyace estos criterios de bienestar es relativamente directa: el bienestar de una sociedad se juzga de acuerdo al bienestar de sus miembros más débiles. El uso de un producto algebraico para agregar las preferencias individuales captura esa intuición. Del mismo modo en que la fuerza de una cadena es determinada por la fuerza de su eslabón más débil, la cadena de productos en una multiplicación algebraica es fuertemente afectada por los multiplicadores más pequeños. En efecto, en ese límite el importe total se convertiría en cero, si hay un cero en la cadena de los productos. Esto significa que el íntegro del bienestar social de un grupo se acerca a cero a medida que la utilidad de uno de sus miembros se acerca a cero.

Estos modelos de bienestar social no han tenido gran popularidad en la tradición del

(34) RAWLS, John. *A Theory of Justice* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1971).

(35) Notables académicos han considerado las condiciones bajo las que los principios de la justicia pueden emerger espontáneamente a través de la interacción y el intercambio voluntario de los miembros individuales de un grupo. Como en el ámbito contractual, la realidad de la formación del Derecho consuetudinario confía en el proceso voluntario mediante el cual los miembros de la comunidad desarrollan las reglas que rigen su interacción social al adherirse voluntariamente a los estándares de conducta emergentes.

En este contexto, Harsanyi sugiere que las normas sociales óptimas son aquellas que emergerían a través de la interacción de los actores individuales en un contexto social con preferencias impersonales. El requisito de la impersonalidad para las preferencias individuales es satisfecho si los tomadores de decisiones tienen igual opción de encontrarse en cualquiera de las posiciones sociales iniciales y si racionalmente eligen un conjunto de reglas para maximizar su bienestar esperado. Al respecto, véase: HARSANYI, J. C. *Cardinal Welfare Individualistic Ethics, and Interpersonal Comparisons of Utility*. *Journal of Political Economy*. Número 63, 1955. p. 315. RAWLS, *Loc. cit.* utiliza el modelo estocástico de ignorancia de Harsanyi en su teoría de la justicia. Sin embargo, el "velo de la ignorancia" rawlsiano introduce el elemento de la aversión al riesgo en la elección entre distintos estados del mundo, alterando así el resultado lográble bajo el modelo original de Harsanyi, con un sesgo hacia la distribución igualitaria (es decir, con resultados que se aproximan al criterio del bienestar social de Nash). Para un análisis más detallado de la formación espontánea de normas y principios de la moralidad, consúltese SEN, A. K. *Rational Fools: A Critique of the Behavioural Foundations of Economic Theory*. En: *Philosophy and Economic Theory* (F. Hahn and M. Hollis eds., Oxford: Clarendon Press 1979); ULLMANN-MARGALIT, E. *The Emergence of Norms* (Oxford: Clarendon Press 1977); y, GAUTHIER, D. *Morals by Agreement* (Oxford: Clarendon Press 1986).

(36) NASH, John. *The Bargaining Problem*. En: *Econometrica*. Número 18. 1950. p. 155.

(37) De acuerdo al criterio de Nash, el bienestar social es dado por el producto de la utilidad de los miembros de la sociedad (al respecto, véase: NASH, John. *The Bargaining Problem*. En: *Econometrica*. Número 18. 1950). Asimismo, véase MUELLER, Dennis, *Public Choice II*. Cambridge University Press 1989. pp. 379-382, atribuyendo la forma multiplicativa de la función del bienestar social a Nash.



Francesco Parisi

análisis económico del Derecho. Esto no es tanto debido a una preconcepción ideológica, sino por una combinación de varias razones prácticas. Estas razones incluyen la tendencia general a realizar una optimización de dos etapas en el diseño de políticas y las dificultades de identificar un criterio objetivo para evaluar la utilidad interpersonal y los disminuyentes efectos de la utilidad marginal. Desde un punto de vista metodológico, las preocupaciones acerca de la distribución generalmente se mantienen separadas de la búsqueda de la eficiencia en formulación de políticas. Tal separación se ha racionalizado sobre la base de que el sistema jurídico es un instrumento para la distribución, pero a un costo muy elevado, dada la ventaja del sistema tributario para la reasignación de la riqueza a nivel general⁽³⁸⁾.

4. Riqueza, utilidad y preferencias reveladas: la elección de Maximandato

Existe una importante pregunta metodológica que ha captado abiertamente la atención de los académicos del análisis económico del Derecho: ¿Qué debe tratarse de maximizar el sistema jurídico? En este debate, incluso los estrictos adherentes a la visión instrumentalista del Derecho podrían preguntarse si el objetivo de Derecho debe ser la maximización de la riqueza agregada, la utilidad agregada o si es simplemente el proveer las condiciones para la libre elección individual.

Si los académicos involucrados en estos debates pudieran ver el problema como espectadores neutrales, se podría lograr consenso acerca de que el objetivo fundamental de la política es la maximización de la felicidad y del bienestar humano. Pero, independientemente de tal observación, el análisis económico del Derecho casi no utiliza métodos de evaluación basados en la utilidad. La razón de ello es,

nuevamente, pragmática. A diferencia de la riqueza (o de cantidades de recursos físicos), la utilidad no puede ser medida objetivamente. Más aún, las comparaciones interpersonales de la utilidad son imposibles, lo que hace que cualquier compensación entre los grupos sea arbitraria en gran medida. Estas limitaciones hacen inviable la maximización de la utilidad para los propósitos prácticos de la política.

Dadas las limitaciones antedichas, varios profesionales del análisis económico del Derecho, siguiendo a Posner, se han apartado del ideal utilitario de la maximización de las utilidades propio del siglo diecinueve⁽³⁹⁾. Más bien, han utilizado -con cada vez más frecuencia- un paradigma de maximización de la abundancia. Varios académicos del análisis económico del Derecho se sienten incómodos en aceptar la noción de la maximización de la riqueza como un paradigma auxiliar de la justicia. Aunque muchas de las diferencias demuestran ser en gran parte verbales, dos objeciones continúan afectando las líneas del debate.

La primera objeción se relaciona con la necesidad de especificar un grupo inicial de las atribuciones o derechos individuales como requisito previo necesario para poder operar la maximización de la riqueza. En este contexto, uno puede pensar en las varias críticas a la maximización de la riqueza realizadas por los defensores del derecho de propiedad, quienes consideran que el costo

(38) Véase, por ejemplo, KAPLOW, Louis y Steven SHAVELL. *Why the Legal System Is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income*. En: *Journal of Legal Studies*. Número 23. 1994. pp.667-681.

(39) Posner es el más grande exponente del paradigma de la maximización de la riqueza. Bajo los principios de la maximización de la riqueza, una transacción es deseable si incrementa la suma de la riqueza de las partes relevantes (donde la riqueza incluye todos los bienes y servicios tangibles e intangibles). Ya Bentham puso en tela de juicio el uso de factores objetivos, tales como la riqueza o los recursos físicos como una aproximación a la felicidad humana. A pesar de las dificultades en la cuantificación de los valores tales como la utilidad o la felicidad, la búsqueda del placer y la felicidad y la evitación del dolor son las fuerzas que motivan el comportamiento humano. La riqueza, el alimento y el refugio son meros instrumentos para lograr tales objetivos humanos.

Escuelas positivas, normativas y funcionales en el Análisis Económico del Derecho

social de adoptar tal criterio de adjudicación es muy alto, dada la visión instrumentalista de la maximización de la riqueza acerca de los derechos y atribuciones individuales. Estas críticas argumentan que los derechos tienen un valor que debe tomarse en cuenta independientemente de cuán útiles puedan ser a la acumulación de riqueza⁽⁴⁰⁾.

La segunda objeción proviene de la dificultad teórica de definir el papel correcto de la eficiencia como ingrediente de la justicia, en relación a otras metas sociales. Los académicos del Derecho dentro de la tradición del análisis económico del Derecho (véase, por ejemplo, Calabresi⁽⁴¹⁾) han afirmado que un incremento en la riqueza no puede constituir una mejora social a menos que impulse algún otro objetivo social, tal como la utilidad o la igualdad. Negando que uno pueda compensar la eficiencia con la justicia, estos académicos en lugar de ello argumentan que la eficiencia y la distribución son elementos de igual valor en la justicia, la que es vista como un objetivo de otro orden antes que como uno de sus elementos constitutivos.

La escuela funcional del análisis económico del Derecho proporciona una tercera alternativa identificando las preferencias individuales y las preferencias reveladas como criterio fundamental para la evaluación. El diseño de “metareglas” dirigidas a estimular la elección individual mediante la eliminación de los impedimentos estratégicos y transaccionales para la revelación de las verdaderas preferencias se convierte en un objetivo explícito de la escuela funcional. Como se ha discutido en las líneas precedentes, la evaluación de fuentes alternativas de Derecho requiere un análisis apropiado de la estructura de los incentivos en el ambiente producido y se dirige a introducir mecanismos de mercado en la creación y selección de normas jurídicas, con énfasis en el diseño del mecanismo institucional y la elección individual. La literatura más reciente sobre la reciprocidad⁽⁴²⁾, normas sociales y *Common Law*⁽⁴³⁾, opción del Derecho⁽⁴⁴⁾, federalismo⁽⁴⁵⁾ y libertad de contratar⁽⁴⁶⁾ es ejemplo del crecimiento y del valor de las aproximaciones funcionales en el análisis económico del Derecho.

Las futuras generaciones de estudiosos del análisis económico del Derecho deben ser conscientes de la importancia de las discusiones metodológicas que han comprometido a sus predecesores, aprovechando al máximo las visiones desarrolladas por las diversas tradiciones metodológicas al evaluar las normas e instituciones jurídicas.

-
- (40) Véase: BUCHANAN, James. *Good Economics-Bad Law*. En: *Virginia Law Review*. Número 60. 1974. pp. 483-92; y ROWLEY, Charles K. *The Common Law in Public Choice Perspective: A Theoretical and Institutional Critique*. En: *Hamline Law Review*. Número 12. 1989. pp. 355-383.
- (41) CALABRESI, Guido. *About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin*. En: *Hofstra Law Review*. Número 8. 1980. pp. 553-562.
- (42) SMITH, Vernon; Kevin MCCABE, y Stephen RASSENTI. *Reciprocity, Trust and Payoff Privacy in Extensive Form Bargaining*. En: *Games and Economic Behavior*. Número 24 1998. pp. 10-24; y, FON, Vincy y Francesco PARISI. *The Limits of Reciprocity for Social Cooperation*. En: *George Mason Law & Economics Research Paper*. Número 03-08.
- (43) COOTER, Robert. *Three Effects of Social Norms on Law: Expression, Deterrence, and Internalization*. En: *Oregon Law Review*. Número 79. 2000; y, PARISI, Francesco. *Customary Law*, 1 *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, 1998).
- (44) ROMANO, Roberta. *Corporate Law as the Paradigm for Contractual Choice of Law*. En: *The Fall and Rise of Freedom of Contract*. F. Buckley, (editor). (Durham, NC: Duke University Press 1999); PARISI, Francesco y Larry RIBSTEIN. *Choice of Law*, 1 *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, (1998); RIBENSTEIN, Larry y Erin A. O'HARA. *From Politics to Efficiency in Choice of Law*. En: *University of Chicago Law Review*. Número 67. 2000. p. 1151.
- (45) RIBSTEIN, Larry y Bruce KOBAYASHI. *A Recipe for Cookies: State Regulation of Consumer Marketing Information*. *George Mason Law & Economics Research Paper* No. 01-04. 2001.
- (46) TREBILCOCK, Michael J. *The Limits of Freedom of Contract* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1994); y, BUCKLEY, Francis H. *The Fall and Rise of Freedom of Contract* (Durham: Duke University Press 1999).