
En ese caso, ¿cuál es la pregunta?

Economía y exigencias de la teoría contractual^(*)

Richard Craswell^(**)

En su reflexivo ensayo, Eric Posner se pregunta si el Análisis Económico le ha fallado al Derecho de los Contratos y sugiere que, efectivamente, lo ha hecho⁽¹⁾. No debe sorprender que yo mantenga una opinión diferente. Esto es que, mientras concuerdo con mucho de lo que Posner dice acerca de ciertos hallazgos de las ciencias económicas, no concuerdo con lo que significaría que las ciencias económicas “fracasen” (o, en todo caso, lo que significaría que fueran exitosas).

Más específicamente, Posner argumenta que el Análisis Económico ha fracasado en dos aspectos, como una teoría descriptiva y como una normativa. Descriptivamente, Posner dice que las ciencias económicas fallan en predecir la doctrina existente: o la doctrina existente difiere de las reglas que la economía identifica como eficientes, o la economía es muy indeterminada para identificar las reglas más eficientes. Y normativamente, Posner dice que esta misma indeterminabilidad previene a la economía de hacer cualquier sugerencia para la reforma del Derecho de los Contratos.

Desde mi punto de vista, sin embargo, los temas descriptivos y normativos (y lo que constituye “fracaso” para cada uno de estos propósitos) deben ser tratados separadamente. Los reclamos descriptivos que pueden ser hechos para las ciencias económicas carecen de interés, como muchos estudiosos han reconocido implícitamente. Hablaré brevemente acerca de

dichos reclamos en el acápite 1 de esta respuesta, pero el grueso de mis comentarios -acápites 2- se referirán a los reclamos normativos. En tanto el análisis normativo está en cuestión, estoy mucho menos preocupado por la indeterminabilidad del tipo que Posner describe. Por lo tanto, me refiero en el acápite a las muy distintas exigencias de la que puede ser llamada una teoría “interpretativa” del Derecho de los Contratos.

En resumen, mis diferencias con Posner giran mayormente entorno a la pregunta qué cuenta como una buena teoría del contrato⁽²⁾. Posner sabiamente declinó referirse a esa pregunta -digo sabiamente, porque una discusión completa podría fácilmente haber triplicado el tamaño de su ensayo. Mi meta en esta respuesta, sin embargo, es poner ese tema nuevamente sobre la mesa, pues es donde muchas de nuestras diferencias se encuentran.

1. Teorías descriptivas

En los años 1970, en los primeros días del Análisis Económico del Derecho, se prestó mucha atención a la afirmación de Richard Posner de que el *Common Law* (incluyendo el Derecho de los Contratos) era eficiente⁽³⁾. La afirmación mayor de Posner en este punto no era tanto que estaba bien que el *Common Law* sea eficiente, sino simplemente que, en materia puramente descriptiva, sucedía que el *Common Law* era, en efecto, eficiente.

(*) Publicado originalmente bajo el título: *In That Case, What is the Question? Economics and the Demands of Contract Theory*. En: *Yale Law Journal*. Número 112, 2003. pp. 903-924. La traducción del presente texto, con autorización expresa del autor y del *Yale Law Journal*, estuvo a cargo de Mariana Chacón Lozano y Giovanna Otiniano Campos, miembros de la Asociación Civil *ius et veritas*.

(**) Profesor William F. Baxter-Visa International de Derecho, Escuela de Derecho de Stanford. Estoy agradecido por los comentarios y sugerencias de Bernard S. Black, John J. Donohue, Barbara Fried, y los participantes de un taller en la Escuela de Derecho de Stanford.

(1) POSNER, Eric A. *Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure?* En: *Yale Law Journal*. Número 112, 2003. p. 829.

(2) *Ibid.*; p. 831.

(3) Véase por todos, POSNER, Richard A. *The Economic Analysis of Law*. Boston: Little Brown, 1973.

Debería resaltar que no está claro cuántos otros estudiosos -aparte de Richard Posner- usaron en realidad esta visión para su trabajo académico. Ciertamente, algunos autores trataron de presentar teorías sobre los procesos causales que podrían tender, con el tiempo, a producir reglas eficientes, así que estos autores presumiblemente compartían la creencia de que el *Common Law* era, de hecho, eficiente⁽⁴⁾. Pero las teorías causales que presentaron no eran persuasivas, y uno de esos autores (George Priest) pronto revisó su teoría y abandonó cualquier afirmación de que apoyaría la evolución de reglas eficientes⁽⁵⁾. Mientras tanto, la mayoría de estudiosos que aplicaron el Análisis Económico confinaron su estudio a los efectos de reglas legales particulares, por lo que dichos estudiosos no tenían razón alguna para expresar su opinión sobre si pensaban que un campo completo del Derecho (mucho menos todo el *Common Law*) era eficiente⁽⁶⁾.

Aun así, las afirmaciones más provocativas de Richard Posner atrajeron gran atención, y su hipótesis descriptiva era con frecuencia atribuida al Análisis Económico del Derecho como un campo (o un "movimiento") más que a un autor en particular⁽⁷⁾. Desde entonces, sin embargo, esta hipótesis descriptiva ha perdido presencia, en el sentido que es raramente discutida e incluso más raramente defendida en la literatura legal. Parte de la razón para este declive -sospecho que una gran parte- está en el hecho de que el mismo Richard Posner eventualmente abandonó la posición más fuerte del Análisis⁽⁸⁾. Como ya he señalado, no está claro cuántos otros defensores tuvo la hipótesis.

Pero también hubo problemas sustantivos con este uso puramente descriptivo de la Economía, que probablemente contribuyó a su decaimiento⁽⁹⁾.

Para empezar, como Eric Posner señala en su ensayo, la hipótesis descriptiva (incluso si fuera cierta) no es útil para propósitos predictivos⁽¹⁰⁾. Ciertamente, la hipótesis puede ser lanzada como una afirmación de que podemos predecir el contenido de cualquier doctrina del *Common Law* al averiguar qué regla sería más eficiente. Pero hay muchas otras formas de averiguar el contenido de cualquier doctrina del *Common Law* -leyendo la jurisprudencia, por ejemplo- así que no está claro por qué deberíamos querer predecir algo que podemos averiguar independientemente.

Para estar seguros, si la hipótesis descriptiva fuera cierta, habría servido a un propósito legítimo o cuasinormativo, mostrando que el *Common Law* sí se interesaba en la eficiencia. Después de todo, si las reglas del *Common Law* realmente traían como consecuencia la eficiencia, podría haber sido argumentado que esto justificaría el uso de los argumentos de eficiencia normativa, al menos en un sistema normativo que otorgara algún valor a la consistencia interna. Ciertamente, este uso potencial de la hipótesis descriptiva puede haber parecido especialmente importante -tanto para sus defensores como para sus opositores- durante los primeros años del Análisis Económico del Derecho, cuando aún se cuestionaba si los argumentos de eficiencia tenían algún lugar legítimo en las escuelas de Derecho⁽¹¹⁾. Pero esta batalla ahora ha terminado, en el sentido de que es (casi) universalmente

(4) Véase, por ejemplo, PRIEST, George L. *The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules*. En: *Journal of Legal Studies*. Número 6, 1977. p. 65; RUBIN, Paul H. *Why is the Common Law Efficient?* En: *Journal of Legal Studies*. Número 6, 1977. p. 51.

(5) PRIEST, George L. *Selective Characteristics of Litigation*. En: *Journal of Legal Studies*. Número 9, 1980. pp. 399 y 409-415.

(6) Una posible excepción puede encontrarse en EASTERBROOK, Frank H. y Daniel R. FISCHER. *The Economic Structure of Corporate Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991 (argumentando que la estructura general del Derecho Corporativo podría ser mejor entendida como una riqueza en crecimiento, pero también tomando posiciones normativas en base a esa premisa).

(7) Véase, por ejemplo, DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. pp. 276-285 y 444 número 1 (discutiendo la hipótesis descriptiva de Richard Posner como "la" teoría económica del Derecho de Accidentes).

(8) Para una declaración de su más reciente y matizada posición, véase POSNER, Richard A. *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press, 1990. pp. 353-374. También es relevante, POSNER, Richard A. *The Problematic of Moral and Legal Theory*. Cambridge: Harvard University Press, 1999. pp. 227-265.

(9) El mismo Richard Posner reconoce algunos de estos problemas en supra nota 8. pp. 362-374.

(10) POSNER, Eric. *Op. cit.*; pp. 852 y 853.

(11) Como Richard Posner posteriormente expresó: "Una de las cosas que los jueces deberían hacer es seguir los precedentes, aunque no inflexiblemente; de esta manera, si la eficiencia es el principio animador de la mayoría de la doctrina del *Common Law*, los jueces tienen alguna obligación de tomar decisiones que sean consistentes con la eficiencia. Esta es una razón de por qué la teoría económica positiva del *Common Law* es tan polémica". POSNER, Richard A. *Problems of Jurisprudence*. *Op. cit.*; pp. 374 y 375.

permitido discutir argumentos sobre la eficiencia en las escuelas de Derecho. Eso podría explicar por qué este potencial uso de la hipótesis descriptiva está mucho menos presente hoy en día.

De todas formas, otro problema con la hipótesis descriptiva es que nunca estuvo verdaderamente claro cuál hipótesis de inutilidad se estaba rechazando⁽¹²⁾. En la prueba estándar de las hipótesis, por supuesto, el investigador no busca tanto confirmar la hipótesis en consideración, sino rechazar alguna hipótesis rival (o "inútil"). ¿Pero qué hipótesis inútil rechazaba la investigación temprana de Richard Posner? Indudablemente él hubiera podido rechazar la hipótesis de que el *Common Law* tiende a "minimizar" la eficiencia, pero dado que nadie apoyó seriamente esa posición, su rechazo no habría creado ninguna reacción. Adicionalmente, podría haber rechazado la hipótesis de que el *Common Law* es aleatorio con respecto a la eficiencia. Sin embargo, cualquiera de estas conclusiones habría establecido que el *Common Law* otorga algún valor a la eficiencia, sin descartar la posibilidad de que valoraba muchas otras cosas también. Y mientras esta visión (que el *Common Law* otorga algo de valor a la eficiencia) podría haber sido controversial en los años 1970, actualmente no es ni cercanamente tan controversial.

En contraste, para establecer la hipótesis de que el *Common Law* se interesa solamente en la eficiencia, tendríamos que haber rechazado hipótesis nulas por cada posible posición rival. Por ejemplo, para demostrar que la eficiencia predice doctrinas contractuales mejor que las teorías basadas en la autonomía de Charles Field⁽¹³⁾, tendríamos que haber rechazado la hipótesis de que la autonomía individual tenía algún valor predictivo en cuanto al Derecho de los Contratos -o, al menos, tendríamos que haber rechazado la hipótesis de que la autonomía le añadía algún valor predictivo sobre lo que podía ser predicho

únicamente con la eficiencia como base. Pero dicha hipótesis habría sido muy difícil de rechazar, parcialmente porque la eficiencia y la autonomía individual frecuentemente coinciden, y parcialmente porque Fried nunca hizo operativa su teoría a un nivel que permitiera exámenes predictivos. Como resultado, el trabajo descriptivo de Richard Posner no podía referirse a los temas comparativos que a muchos estudiosos le interesaban, como el rol de la economía *versus* el rol de la autonomía, o la economía *versus* la justicia correctiva.

¿Qué queda de la hipótesis descriptiva hoy? Es todavía cierto que mucho trabajo en el Análisis Económico del Derecho procede sin realizar argumentos normativos completos, ya que muchos economistas (y la mayoría de abogados) continúan prestando poca atención a sus implicancias normativas. Indudablemente, esta ausencia de argumentos normativos explícitos puede sugerir que la mayor parte del trabajo económico debe ser leído solo como emisor de afirmaciones descriptivas.

Desde mi punto de vista, sin embargo, este cuerpo de trabajo debe ser leído (implícitamente) como propulsor de un limitado y contingente argumento normativo. Esto es que leo la mayoría del flujo de artículos sobre Análisis Económico del Derecho como si dijeran: "en tanto te preocupe la eficiencia como un valor, deberías prestar atención a las siguientes conclusiones"⁽¹⁴⁾. El argumento normativo en tal aserto es necesariamente contingente porque la mayoría de estudiosos (en la mayoría de artículos, por lo menos) no hace intento alguno de convencer al lector de que él o ella debería preocuparse de la eficiencia como un valor. Pero para cualquiera de estos lectores que ya se interesan por la eficiencia -ya sea únicamente como un criterio o como un valor entre muchos- el artículo sin duda tiene fuerza normativa. Dirán, en efecto: "en tanto usted se interese en la eficiencia, esto es lo que debería hacer".

(12) Como Richard Posner posteriormente señaló, mucho del trabajo en la economía empírica otorgaba "mucho más énfasis a la confirmación que a la falsificación". *Ibid.*; p. 363.

(13) Véase, por ejemplo, FRIED, Charles. *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*. Cambridge: Harvard University Press, 1981.

(14) En un artículo relativamente temprano, Jules Coleman describió este uso del análisis de la eficiencia muy claramente, y señaló que describía mejor el trabajo de otros tempranos analistas económicos como A. Mitchell Polinsky y Steven Shavell. COLEMAN, Jules L. *Efficiency, Utility and Wealth Maximization*. En: *Hofstra Law Review*. Número 8, 1980. pp. 509 y 548-549.

(15) Excepto cuando se señale expresamente, todas las siguientes menciones a "Posner" se referirán a Eric Posner, no Richard Posner.

Todo lo cual viene a explicar por qué no estoy interesado en defender la Economía como una teoría descriptiva del Derecho de los Contratos, el tema acerca del cual el ensayo de Eric Posner está más preocupado⁽¹⁵⁾. Pero su ensayo también critica el uso normativo de lo económico, y no solo en el terreno que he señalado (es decir, que el argumento normativo es limitado y contingente). En lugar de eso, sostiene que, incluso en tanto que sí nos importe la eficiencia, el Análisis Económico ha fracasado aun porque es extremadamente indeterminado para decirnos qué reglas adoptar. De acuerdo a esto, me dirijo a continuación a ese aspecto de su ensayo.

2. Teorías normativas

La afirmación de Posner es que el Análisis Económico se ha convertido tan complejo, y debe considerar tantos factores compensatorios, que es incapaz (en un gran número de casos) de determinar qué regla sería la más eficiente. Esto implica que, incluso si fuéramos a aceptar la eficiencia como una meta normativamente deseable, el Análisis Económico fracasaría en decirnos cómo lograrla. Por esta razón, él dice, las ciencias económicas le han fallado al Derecho de los Contratos también desde una perspectiva normativa.

2.1. Un ejemplo de la crítica de Posner

En lugar de discutir los argumentos de Posner en abstracto, será más útil considerar un ejemplo concreto, el cual tomo de su análisis de los remedios para el incumplimiento. El Análisis Económico de los remedios nos dice que uno de los efectos de un remedio contractual es dar a una de las partes razón para pausar antes de romper su contrato. Toscamente hablando, mientras más grandes los daños que deberá pagar, más reacia se mostrará a incumplir. Esta observación llevó a algunos estudiosos a adjuntarse a la medida de expectación de los daños, sobre las bases de que frenaría los incumplimientos cuando (pero solo cuando) las ganancias que la parte obtenía por el incumplimiento no excedieran las pérdidas de la parte que no incumplía.

Como otros analistas rápidamente resaltaron, sin embargo, el análisis completo era más complejo⁽¹⁶⁾. Si las partes podían renegociar -por ejemplo, si el potencial incumplidor podía comprar su salida del contrato por menos que los daños que la ley le haría pagar- entonces la medida de la ley de los daños podría afectar la naturaleza (y el costo) de dichas negociaciones. La medida de los daños podría también afectar la extensión con la cual el potencial incumplidor tomaba precauciones para reducir la probabilidad de eventos que podrían forzarlo a incumplir. Podría también afectar la extensión con la que cada parte contaba con el contrato (o, equivalentemente, la extensión con la que cada parte descuidaba precauciones contra el riesgo del no cumplimiento de la otra parte). Podría también afectar la voluntad de cada parte de entrar en el contrato desde un principio, especialmente con socios comerciales que conllevaban un gran riesgo de incumplimiento. Este último efecto podría también cambiar los incentivos de las partes sobre cuán cercanamente investigaban a sus potenciales socios comerciales antes de firmar el contrato. La regla del daño podría también afectar el precio que cada parte exigiría (y ese precio, a su vez, podría por sí mismo afectar la mezcla de potenciales socios comerciales). Y como los daños del contrato tienen mucho en común con el seguro, la medida de la ley de los daños también alteraría los niveles de riesgo soportados por cada parte (los cuales, a su vez, podrían afectar el alcance con el que cada parte adquiriría el seguro privado).

Desafortunadamente, sin embargo, el remedio que podría ser más beneficioso en términos de sus efectos en una de sus variables, no necesita ser el más eficiente en sus efectos sobre cualquiera de las otras variables. Por ejemplo, los daños derivados de las expectativas de contratar podrían ser mejores en términos de su efecto en el incentivo para tomar precauciones ante la parte potencialmente incumplidora, pero, a su vez, no son el mejor remedio en términos de su efecto sobre la otra parte que confía. Como resultado, no podemos decidir qué remedio es "mejor" en sentido completo (en términos de su efecto combinado en todas las variables relevantes) a no ser que

(16) Para un análisis de la literatura relevante, al menos como se encontraba al final de los años 1980, véase CRASWELL, Richard. *Contract Remedies, Renegotiation, and the Theory of Efficient Breach*. En: *California Law Review*. Número 61, 1988. p. 629. Trabajos más recientes están citados en POSNER, supra nota 1. pp. 834-839.

tengamos alguna forma de medir los efectos relevantes, tanto los buenos como los malos, y luego reunirlos para conseguir una puntuación combinada para cada uno de los posibles remedios. Pero si no tenemos datos empíricos para medir las magnitudes de los varios efectos, cualquier conjunción será difícil -o incluso imposible- de construir, así que nunca sabremos qué remedio es verdaderamente el más eficiente.

Esto, al menos, es la esencia del argumento de indeterminabilidad de Posner. Antes de presentar mi respuesta, déjenme decir que hay mucho en este argumento con lo que concuerdo. Sin duda, en algunos aspectos, Posner puede haber subestimado las dificultades, al limitar su análisis a complejidades discutidas en la literatura perteneciente al Derecho de los Contratos. Si ampliamos nuestro enfoque para incluir conjuntos más grandes de Análisis Económico, la complejidad y dificultad de la tarea incrementa.

Solo para nombrar algunas complicaciones, elegir un remedio eficiente también involucra elegir la especificidad de la doctrina del remedio, o dónde debería encajar dicha doctrina en el espectro de las normas *versus* estándares. Los temas involucrados en esa elección pueden o no ser diferentes en el Derecho de los Contratos como en otros campos, pero todavía son temas que deben ser enfrentados, de esta manera incluyendo en escena otro balance de consideraciones en pugna⁽¹⁷⁾. La elección de un remedio eficiente puede también ser afectado por la extensión de cualquier imperfección que podría surgir durante la acción de cumplimiento, incluyendo cualquier incertidumbre acerca de cuándo dicho remedio será impuesto⁽¹⁸⁾. La elección del remedio podría también afectar el número de demandas y otros costos de litigación⁽¹⁹⁾. Asimismo, dado que muchos demandados contractuales son insolventes

(o bordeando en la insolvencia), la elección del remedio puede también implicar cualquier número de preocupaciones de bancarrota que involucren los intereses de otros acreedores⁽²⁰⁾. Y también está siempre la posibilidad de otros “segundos mejores” efectos a ser tomados en consideración. Por ejemplo, si estamos reglamentando sobre contratos de suministro en una industria que emite demasiada contaminación, la sociedad podría estar mejor, en comparación, si esos contratos fueran hechos menos atractivos⁽²¹⁾. Obviamente, si efectos adicionales como estos deben ser tomados en consideración, será incluso más difícil identificar la regla más eficiente en general.

Debería mencionar aquí que este último rasgo del Análisis Económico es una fortaleza en lugar de una debilidad. Es decir, si es posible que una regla del Derecho de los Contratos pudiera producir efectos negativos en el ambiente, o en cualquier otro factor relevante, prefiero un método de análisis que me permita investigar dichos efectos y tomarlos en cuenta. Ciertamente esto complicará el análisis considerablemente, especialmente porque tendremos que considerar preguntas relacionadas acerca de si los efectos ambientales son manejados de mejor forma a través de algún cambio en el Derecho de los Contratos, en el Derecho Ambiental, o enteramente en otro cuerpo legal. Pero estaría mucho más preocupado por cualquier método de análisis que, en su deseo de certeza o conclusión, hiciera imposible incluso considerar efectos como estos.

Sea como sea, podemos ahora ver por qué el criticismo de Posner parece aplicarse igualmente tanto al uso descriptivo como al normativo de la Economía. Si es muy difícil determinar qué regla es la más eficiente, entonces la Economía fracasa en la tarea descriptiva de decidir si el *Common*

(17) Para una buena discusión de las consideraciones económicas involucradas, véase KAPLOV, Louis. *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*. En: *Duke Law Journal*. Número 42, 1992. p. 557.

(18) Para un análisis reciente de algunos de estos temas, véase CRASWELL, Richard. *Deterrence and Damages: The Multiplier Principle and Its Alternatives*. En: *Michigan Law Review*. Número 97, 1999. p. 2185.

(19) Para un análisis teórico de algunos de estos factores, véase POLINSKY, A. Mitchell y Daniel L. RUBINFELD. *The Welfare Implications of Costly Litigation for the Level of Liability*. En: *Journal of Legal Studies*. Número 17, 1988. p. 151.

(20) Para la discusión de algunos de estos temas relacionados con el Derecho Contractual en particular, véase FRIED, Jesse M. *Executory Contracts and Performance Decisions in Bankruptcy*. En: *Duke Law Journal*. Número 46, 1996. pp. 517 y 524-539. Para una discusión más general de decisiones que exceden los activos del demandado, véase SHAVELL, Steven. *The Judgement Proof Problem*. En: *International Review of Law and Economics*. Número 6, 1986. p. 45.

(21) Cfr. *Rock Island Improvement Co. v. Helmerich & Payne, Inc.*, 698 F.2d. pp. 1075 y 1077-1079. (Décimo Circuito 1983) (notando que las reglas normales del daño contractual podrían ser construidas de forma distinta cuando la política pública requiera mayor protección del medio ambiente), con *Schneberger v. Apache Corp.*, 890 P.2d. pp. 847 y 849-855 (Oklahoma 1994) (rehusando a seguir *Rock Island*).

(...) es útil saber, por ejemplo, que los remedios más grandes usualmente le otorgarán al potencial incumplidor más de un incentivo para tomar precauciones, mientras que los remedios más pequeños usualmente otorgarán al incumplidor menos incentivos.

Law es, en realidad, eficiente. Y si es muy difícil determinar qué regla es eficiente, parecería que la Economía también fracasa en su tarea normativa, al menos si la tarea normativa es recomendar la regla más eficiente. Esta aparente similitud entre las tareas descriptivas y normativas es lo que permite que Posner presente la mayor parte de su escrito como una serie de ataques a los usos descriptivos de la Economía, con los ataques a los usos normativos de la Economía siguiendo como una suerte de corolario⁽²²⁾.

2.2. Los usos del análisis parcial

Este punto, sin embargo, es donde Posner y yo coincidimos. Es verdad que una de las tareas normativas es recomendar la regla más eficiente. En dicha tarea, la Economía indudablemente fallará cuando quiera que un análisis sea indeterminado. Pero incluso cuando fracasa en la tarea normativa por excelencia, la economía puede todavía tener éxito en contribuir al análisis de piezas individuales del rompecabezas normativo.

Permítanme regresar al ejemplo de los remedios para el incumplimiento. Para otorgar a Posner el beneficio de la duda, permítanos estipular

(al menos por el bien del argumento) que no sabemos con seguridad qué remedio sería el más eficiente en general, una vez que toda la variedad de efectos ha sido considerada. Pese a esto, todavía podemos saber un número de cosas acerca de las ventajas y desventajas específicas de cualquier remedio en particular, lo cual contribuirá con la última decisión acerca de qué regla adoptar.

Por ejemplo, el efecto de los remedios en la precaución de un incumplidor es, sin duda, solo uno de los efectos relevantes. Pero mientras sea uno de los efectos relevantes, es útil saber de qué efecto se trata. Es útil saber, por ejemplo, que los remedios más grandes usualmente le otorgarán al potencial incumplidor más de un incentivo para tomar precauciones, mientras que los remedios más pequeños usualmente otorgarán al incumplidor menos incentivos. También es útil saber que la fortaleza de este efecto variará de acuerdo a la fuerza de otros factores que puedan ya influenciar los incentivos del incumplidor -por ejemplo, si el incumplidor ya tiene fuertes incentivos de mercado para mantener su contrato, o si en lugar de eso vende en un mercado en el que las reputaciones son débiles o inexistentes.

Sin duda, entender estos efectos parciales puede ser útil aún para analizar premisas normativas que no descansan en la eficiencia. Por ejemplo, los jueces o legisladores que creen que es éticamente malo romper un contrato, podrían querer saber qué regla legal conllevará a un número menor de incumplimientos⁽²³⁾. De forma similar, los jueces y legisladores a quienes les importa la distribución, querrán saber los efectos de las reglas del daño en el precio que los adquirentes deben pagar, y aquellos a quienes les interesa la calidad, querrán saber el efecto de la ley en los incentivos de los vendedores para no producir productos defectuosos. Por lo tanto, el valor de lo que llamo "análisis parcial" no está limitado a aquellos que toman a la eficiencia como su meta⁽²⁴⁾.

En otras palabras, la contribución realizada por el análisis parcial de un incentivo en particular está condicionado en dos niveles: se aplica solo en tanto

(22) Véase, por ejemplo, POSNER, supra nota 1, p. 854. ("En lugar de argumentar que sus modelos explican la doctrina contractual, la mayoría de los autores argumentan que sus modelos pueden ser usados para criticar o defender la doctrina contractual. Pero las debilidades normativas de sus modelos surgen después de esto como materia de curso").

(23) Cfr. FRIED. Supra nota 13. Mientras Fried cree que los incumplimientos son éticamente incorrectos, no parece (tal vez extrañamente) preocupado por el efecto de las normas legales en el número de incumplimientos.

(24) Coleman también sostiene esta posición. COLEMAN. Supra nota 14. p. 550.

su audiencia se interese por la eficiencia, e -incluso entonces- se aplica solo en tanto consideren un aspecto particular de la eficiencia (en este caso, el efecto de las precauciones del incumplidor). Con dichas calificaciones, la contribución puede ser expresada de la siguiente manera:

“En tanto valores la eficiencia (o, en tanto valores menos incumplimientos; o en tanto valores menos productos defectuosos), y (...)

a) en tanto las precauciones de parte del potencial incumplidor sean relevantes a esta meta (...) deberías seguir este análisis”.

Para estar seguro, un análisis normativo completo también incluiría varios aspectos distintos de la eficiencia (¿factores del “b” al “z”?), para reflejar los posibles efectos con los que cuenta el receptor de la promesa, en la investigación precontractual, etcétera. Un análisis aun más completo podría también incluir otras premisas normativas, dependiendo del analista. Pero sin importar cuántos factores adicionales incluya la lista completa, creo todavía que es una contribución útil si la Economía puede aclarar nuestro entendimiento de uno de los factores en dicha lista.

Existe un valor similar en el análisis parcial de la mayoría de los otros factores discutidos en la sección 2.1. (los factores cuyo número y complejidad desalentaron a Posner). Por ejemplo, en tanto sea útil entender el efecto de las reglas del daño en las precauciones de las partes involucradas, también es útil entender su efecto en la confianza del receptor de la promesa. Y aquí, también, un entendimiento mayor será valorado no solamente por aquellos jueces y legisladores quienes se interesan por la eficiencia, sino también por aquellos a quienes les interesa la confianza para otros propósitos⁽²⁵⁾. Argumentos similares podrían también esgrimirse acerca de mejorar nuestro entendimiento parcial de los efectos distributivos de las reglas del contrato⁽²⁶⁾, su efecto

en los costos de litigación⁽²⁷⁾, o su efecto en los procedimientos de insolvencia⁽²⁸⁾.

En su favor, Posner sí considera este tipo de contribución parcial, pero solo brevemente, en dos párrafos al final de la primera sección de su ensayo⁽²⁹⁾. Su respuesta es como sigue: “Esta defensa tiene un aire de plausibilidad, pero también implicaciones preocupantemente abiertas y no ambiciosas. La última década ha presenciado un apilamiento de factores relevantes, pero no mayor claridad acerca de la función del Derecho de los Contratos, y un juez sabio podría, para evadir la parálisis, simplemente ignorarlos”⁽³⁰⁾. Regresaré más adelante a la pregunta de si “un juez sabio” podría ser realmente sabio si ignorara este tipo de análisis parcial⁽³¹⁾. Por ahora, sin embargo, me enfocaré en las primeras porciones de la respuesta de Posner.

Una de sus afirmaciones es que, mientras hemos identificado más y más factores relevantes, parece que no hemos podido conseguir “mayor claridad acerca de la función del Derecho de los Contratos”⁽³²⁾. Esto parece simplemente equivocado, al menos si por “función” se refiere a efectos del Derecho de los Contratos. Ciertamente, mayor claridad acerca de los efectos individuales del Derecho de los Contratos es una manera perfecta de describir la contribución de la clase de análisis parcial en el que estoy interesado. Es decir, al entender en mayor grado cómo los remedios del contrato pueden afectar los incentivos de un potencial incumplidor para tomar precauciones (para continuar con el ejemplo presentado anteriormente), me parece que mayor claridad en entender dichos efectos es precisamente lo que logramos.

Sospecho es, sin embargo, que Posner puede quejarse sobre que este tipo de análisis parcial esté en la primera oración del pasaje citado anteriormente, en el cual describe este análisis como “preocupantemente abierto y no ambicioso”⁽³³⁾. Si ser ambiciosos es aspirar a un

(25) Por ejemplo, ATIYAH, P.S. *Promises, Morals and Law*. Oxford: Oxford University Press, 1981. pp. 202-212.

(26) Por ejemplo, CRASWELL, Richard. *Passing on the Costs of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships*. En: *Stanford Law Review*. Número 43, 1991. p. 361; JOLLS, Christine. *Accommodation Mandates*. En: *Stanford Law Review*. Número 53, 2000. p. 223.

(27) Véase: POLINSKY, A. Mitchell y Daniel L. RUBINFELD. *Supra* nota 19.

(28) Véase: FRIED, Jesse M. *Supra* nota 20.

(29) Véase: POSNER, Eric. *Supra* nota 1. pp. 854 y 855.

(30) *Ibid.*

(31) Véase: *infra* nota 43 y el texto que la acompaña.

(32) POSNER. *Supra* nota 1. p. 855; véase también *infra* el texto que acompaña la nota 41.

(33) *Ibid.*

análisis completo que incorpore cada factor relevante y conduzca ineludiblemente a una conclusión definitiva, entonces este tipo de análisis parcial es sin duda “no ambicioso”. Y mientras Posner nunca dice explícitamente que esto es lo que exige para que una teoría normativa sea exitosa -recuerden que ha dejado de lado cualquier pregunta acerca de qué cuenta como una buena teoría del contrato⁽³⁴⁾- es solo por comparación a tal ideal que un análisis parcial debe ser juzgado como un fracaso.

Ahora, en tanto que está preocupado por los usos descriptivos de la Economía, Posner puede tener razón en exigir que una teoría descriptiva emerja con una respuesta final y general antes de poder decir que es un éxito. Después de todo, si la afirmación descriptiva es que las reglas del *Common Law* son eficientes, dicha afirmación no tiene contenido -y ciertamente no puede ser rigurosamente evaluada- a no ser que las reglas eficientes hayan sido identificadas. La inhabilidad para identificar las reglas eficientes, por lo tanto, podría indudablemente ser la base para calificar una teoría descriptiva como un “fracaso”⁽³⁵⁾.

Las exigencias de una teoría normativa, sin embargo, son distintas. Mientras que la última meta de una teoría normativa puede establecerse como el poder recomendar una regla en particular -y, por supuesto, justificar dicha recomendación- el análisis normativo puede ser útil incluso si no logra dicha meta principal. Es decir, si los jueces y otros generadores de Derecho tienen que elegir una regla legal (y lo hacen), creo que es mejor que dicha elección sea informada por un entendimiento de los diversos efectos que se producirán, aun

cuando ese entendimiento no logre ser un completo algoritmo para producir una respuesta definitiva. En resumen, mientras no es posible que una mujer esté “un poco embarazada”, sí creo que una teoría normativa puede ser “un poco útil”.

Sin lugar a dudas, describir estos análisis parciales como “no ambiciosos” parece no lograr un enfoque en la naturaleza del problema. El problema, en corto, es que los contratos (como la mayoría de cosas que el Derecho regula) son complicados. Pueden ser usados con muchos fines distintos, y producir muchos efectos distintos, y estamos todavía a un largo camino de entender completamente cualquiera de ellos. Desde mi punto de vista, tratar de avanzar en nuestro entendimiento en este aspecto -incluso si procedemos lenta y parcialmente, un paso a la vez- nos encontramos todavía ante un proyecto ambicioso⁽³⁶⁾.

Debería recalcar, también, que la humildad que proviene de reconocer cuán difíciles son estos problemas es por sí misma una contribución que la Economía puede hacer para el análisis normativo. Por ejemplo, si creyéramos, por el contrario, que es fácil ayudar a los pobres consumidores al remover cláusulas objetables del contrato, debe contar como un avance real si subsecuentemente nos damos cuenta que el problema es, en realidad, mucho más difícil de lo que parecía en un primer momento⁽³⁷⁾. Para estar seguros, algunas veces se dice (usualmente los críticos de la Economía) que los primeros usuarios de la Economía en el Derecho estaban unidos por la esperanza de encontrar ciertas conclusiones no controversiales⁽³⁸⁾. No tengo

(34) Véase: supra texto que acompaña la nota 2.

(35) Muchos críticos de la teoría descriptiva resaltaron esto años atrás. Por ejemplo, KORNHAUSER, Lewis A. *A Guide to the Perplexed Claims of Efficiency in the Law*. En: *Hofstra Law Review*. Número 8, 1980. pp. 591 y 624-627; KELMAN, Mark. *A Guide to Critical Legal Studies*. Cambridge: Harvard University Press, 1987. pp. 115 y 116.

(36) Jon Hanson y Melissa Hart reconocen las dificultades cuando describen a muchos estudiosos del Análisis Económico del Derecho como “mirando las varias consideraciones de la eficiencia y ofreciendo su propio punto de vista, junto con una noción de soporte empírico, de cómo las consideraciones compensatorias de eficiencia se amontonaban”. HANSON, Jon D. y Melissa R. HART. *Law and Economics*. En: PATTERSON, Dennis M. (editor). *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. Cambridge: Blackwell Publishing, 1996. pp. 311 y 328. Hanson y Hart observan que esto hace que el análisis resultante sea “menos científico”, pero no concluyen que la Economía, por lo tanto, ha fracasado en cumplir con las demandas del análisis normativo (cualesquiera que dichas demandas puedan ser). *Ibid.*

(37) Posner describe tal ejemplo cuando compara AGHION, Philippe y Benjamín HERMALIN. *Legal Restrictions on Private Contracts Can Enhance Efficiency*. En: *Journal of Law, Economics and Organization*. Número 6, 1990. p. 381; con HERMALIN, Benjamin E. y Michael L. KATZ. *Judicial Modification of Contracts Between Sophisticated Parties: A More Complete View of Incomplete Contracts and Their Breach*. En: *Journal of Law, Economics and Organization*. Número 9, 1993. p. 230. Véase POSNER, supra nota 1. pp. 859-861.

(38) Véase, por ejemplo, HORWITZ, Morton J. *Law and Economics: Science or Politics?* En: *Hofstra Law Review*. Número 8, 1980. p. 905 (describiendo la “atracción principal” del análisis de la eficiencia como “la promesa de una única ‘científica’ respuesta correcta”).

forma de saber si esto es, en realidad, una descripción acertada de los motivos de los primeros usuarios, pero, en cualquier caso, no puede ser una descripción adecuada hoy en día. Por el contrario, la atracción de la Economía para mí está simplemente en que intenta encontrarse con lo que son, a mi parecer, las preguntas que verdaderamente importan⁽³⁹⁾. Como lo veo, aclarar en cualquier aspecto dichas preguntas es una contribución útil, así seamos capaces o no de proveer una respuesta definitiva.

Por razones similares, no puedo unirme a la queja de Posner de que el análisis de la eficiencia, como es practicado hoy, es “preocupantemente incierto”⁽⁴⁰⁾. Por “incierto” asumo que Posner quiere decir que la lista de los efectos potencialmente relevantes de la Economía nunca se cierran. Como resultado, incluso si el mejor análisis actual parecía producir una conclusión definitiva -digamos, acerca de si un remedio era más eficiente en general- sería siempre posible revertir dicha conclusión, si los economistas identificaran algún nuevo efecto que alterarse el análisis previo. Para Posner, esta incertidumbre es problemática -como debe serlo, siempre que el examen del éxito de una teoría produzca respuestas completas y finales.

Desde mi punto de vista, sin embargo, esta incertidumbre es simplemente otra consecuencia del hecho de que el tema que estamos analizando es extremadamente difícil, con muchos efectos que no entendemos todavía. Sí, esto significa que nunca vamos a tener certeza en las respuestas a las que lleguemos, y por el contrario, debemos ver cada conclusión como meramente provisional. Como ya he dicho, dicha certidumbre o *close-endedness* no forma parte de mi examen para el éxito o fracaso de una teoría normativa. Mientras cada factor que sea adicionado al análisis provea mayor profundidad a un factor normativamente relevante, eso hace la teoría exitosa según mi opinión.

Esta diferencia entre la visión de Posner y la mía también descansa sobre la otra parte de su ensayo que considera el análisis parcial. Mientras discute los remedios para el incumplimiento,

Posner señala que “los artículos que discuten estos diversos incentivos típicamente agrupan a la mayoría de ellos para el propósito del análisis y se enfocan en uno o dos. Como resultado, el remedio óptimo derivado de un modelo es óptimo solo bajo condiciones específicas”⁽⁴¹⁾.

Como debe ser ahora aparente, desde mi punto de vista esta agrupación de la mayoría de los incentivos (para poder enfocarse más claramente en uno o dos) es una fortaleza de la Economía, ya que es cómo mejoramos nuestro entendimiento de cualquier incentivo en particular. Pero Posner coloca este beneficio a un lado e inmediatamente busca si los análisis parciales pueden todos ser combinados para alcanzar lo que para él es la meta principal: la meta de identificar la regla que es más eficiente en general. Aplicando este examen, concluye que los modelos fracasan en este aspecto⁽⁴²⁾.

2.3. El peligro del “todo o nada”

En resumen, estoy en desacuerdo con Posner en lo que respecta al examen apropiado para saber si un análisis normativo ha “triunfado” o “fracasado”, y con su implícita afirmación de que el análisis fracasa si no puede continuar todo el camino hacia una conclusión final sobre qué regla el Derecho debe adoptar. En consecuencia, también estoy en desacuerdo con la sugerencia, hecha entre paréntesis, de que un juez sabio debería quizás desatender por completo el análisis parcial de los economistas, solo para evitar la parálisis⁽⁴³⁾. Debo agregar de inmediato, que Posner no formuló él mismo esta sugerencia. Al contrario, él enuncia explícitamente que no defiende que el examen económico debe ser abandonado⁽⁴⁴⁾ y más adelante en su ensayo él es, inclusive, el más crítico acerca de las alternativas a la Economía⁽⁴⁵⁾. Sin embargo, el punto de vista de Posner sobre el “fracaso” de la Economía, combinado con otras premisas, puede ceder exactamente a esa conclusión (es decir, que el Análisis Económico debe ser abandonado). En efecto, he podido ocasionalmente oír puntos de vista similares provenientes de estudiantes y colegas,

(39) Regresaré a este punto -la cuestión de qué temas realmente importan- en la sección 2.3.

(40) POSNER. Supra nota 1. p. 855.

(41) *Ibid.*; p. 838.

(42) *Ibid.*; pp. 838 y 839.

(43) *Ibid.*; pp. 854 y 855. Cito el texto relevante en la nota 30.

(44) POSNER. Supra nota 1. p. 830.

(45) *Ibid.*; pp. 870-878.

por lo que la probabilidad vale la pena de ser discutida a pesar de no ser la posición propia de Posner.

Desde mi punto de vista, el problema con desatender la Economía (inclusive el análisis parcial económico) es que se desecha información sobre factores que realmente importan. Eso es, si nos importa en algo cuántas infracciones ocurren, o si los compradores pagan en exceso por los productos, o sobre cualquiera de los otros factores que la Economía estudia, entonces nos corresponde saber tanto como podamos sobre esos efectos, en vez de deliberadamente cerrar nuestros ojos a ellos. Como Louis Kaplow y Steven Shavell lo expusieron recientemente: "El mundo es complejo, y la investigación empírica del sistema legal esta en su infancia, así que el estado de las cosas (es decir, la necesidad de dictar sentencias sobre la base de información incompleta o parcial) no es posible de evadir. Implícito en la idea de que esta incertidumbre (también llamada indeterminación) constituye una crítica de bienestar a la Economía es que preguntas fáciles de contestar -que necesariamente ignoran rasgos de la realidad relevantes, aunque complicados- son de alguna manera mejor de considerar"⁽⁴⁶⁾.

Puede que otro ejemplo lo clarifique. El campo del diseño industrial es también complicado, con muchos efectos de compensación que deben ser balanceados uno contra otro. Incluso, si nos limita solo a los aspectos seguros del diseño industrial, es frecuentemente difícil decir qué diseño va a reducir más efectivamente los riesgos en general. Algunas veces el reducir un riesgo incrementará otros: por ejemplo, hacer automóviles más fuertes y pesados puede reducir el riesgo a las personas dentro del automóvil, pero puede incrementar el riesgo a cualquiera en otro carro que el automóvil choque⁽⁴⁷⁾. El diseño de productos puede también

interactuar con el comportamiento del usuario de maneras inesperadas, como cuando la reducción en los cigarrillos de los niveles de nicotina puede llevar a algunos consumidores a dar "pitadas" más profundas⁽⁴⁸⁾, o llevar a otros a incrementar su consumo por creer que los cigarrillos son ahora más seguros⁽⁴⁹⁾. Una completa teoría de diseño de productos debe entonces incluir: (i) una completa teoría de ingeniería, capaz de identificar todos los costos relevantes de cualquier diseño posible; (ii) una completa teoría del comportamiento del usuario, capaz de predecir el uso que realmente recibirá cada producto (incluyendo la distribución de diferentes comportamientos del usuario a lo largo de diferentes segmentos de la población); y, (iii) una completa teoría moral que nos diga cómo hacer compensaciones entre varios tipos de riesgos. No hay necesidad de decir que nuestro actual conocimiento del diseño de producción no ha alcanzado todavía este nivel⁽⁵⁰⁾.

¿Esto significa, entonces, que nuestro conocimiento presente del diseño de producción nos ha "fallado"? O, yendo al grano, ¿significa que un diseñador sabio debería "simplemente ignorar" todas estas complejidades por el temor a ser reducido a la parálisis? Si es así, ¿qué debería hacer el diseñador?, ¿debería, por decir, escoger un diseño que exprese algún ideal estético, quizás basándose en que lo estético y la propia expresión no parecen ser tan complicados o tan "penosamente amplios"?

La mayoría de nosotros, pienso, cree que un diseñador no tendría justificación en simplemente ignorar todas las consideraciones del producto seguro. Seguro, muchos de nosotros nos horrorizaríamos por tan insensible desatención a la seguridad humana, y varios estarían predispuestos a conferir daños punitivos si una

(46) KAPLOW, Louis y Steven SHAVELL. *Fairness versus Welfare*. Cambridge: Harvard University Press, 2002. pp. 457 y 458.

(47) GRAHAM, John y Jonathan WEINER. *Risk versus Risk*. Cambridge: Harvard University Press, 1995. pp. 96-101. Algunos aspectos legales y de política de estas compensaciones (*trade-offs*) son discutidos en SUNSTEIN, Cass R. *Free Markets and Social Justice*. Oxford: Oxford University Press, 1997. pp. 271-294.

(48) Véase los estudios reseñados en CALFEE, John E. *Cigarette Advertising Regulation Today: Unintended Consequences and Missed Opportunities?* En: *Advances Consumer Res.* Número 4, 1987. pp. 264-266.

(49) SILVERSTEIN, Brett y otros. *The Availability of Low-Nicotine Cigarettes as a Cause of Cigarette Smoking Among Teenage Females*. En: *Journal of Health & Society Behaviour*. Número 21, 1980. pp. 383 y 385-387.

(50) Los lectores que encuentren difícil de creer que campos "técnicos" como la ingeniería pueden ser indeterminados están invitados a revisar los diarios relevantes. Véase, por ejemplo, AUGUSTI, Giuliano y otros. *Bounds to the Probability of Collapse of Monumental Buildings*. En: *Structural Safety*. Número 24, 2002, p. 89; ERTO, Pasquale y Massimiliano GIORGIO. *Assessing High Reliability via Bayesian Approach and Accelerated Tests*. En: *Reliability Engineering & Systems Safety* 301. Número 76, 2002. p. 301; NEURADER, U. *Investigation into Steering Wheel Nibble*. En: *Journal of Automotive Engineering*. Número 216, 2002. p. 267.

actitud como esa se prueba en juicio. La razón, por supuesto, es que creemos que la seguridad humana importa, y que importa siempre. En consecuencia, incluso si nunca podremos saber exactamente cómo promover mejor el objetivo de la seguridad humana, nosotros normalmente creemos que vale la pena encontrar, tanto como razonablemente se pueda, los varios costos y beneficios. En mi opinión, el diseño de un sistema legal merece un esfuerzo tan igual a este.

Para estar seguros, este argumento no persuadirá a aquellos que creen que no deberíamos preocuparnos en absoluto sobre la eficiencia de (algunas) normas legales. Aunque no estoy de acuerdo con esos argumentos, aquellos que creen en ellos por lo menos tienen una razón inteligible para sostener que el análisis económico de esas normas debe ser ignorado. En resumen, es perfectamente inteligible argumentar que el análisis económico debería ser ignorado si uno cree que los efectos económicos no son normativamente relevantes.

Es mucho más difícil, sin embargo, argumentar que el análisis económico debería ser ignorado si esos efectos son normativamente relevantes. En otras palabras, es difícil creer simultáneamente que (i) los efectos económicos son normativamente relevantes; pero, (ii) que no deberíamos gastar mayor tiempo en el análisis económico porque es demasiado complicado. Si uno cree en el punto (i), que los efectos económicos son normativamente relevantes, entonces la sola justificación para el punto (ii) sería la creencia adicional de que más tiempo y esfuerzo gastado en la Economía sería simplemente improductivo porque las complejidades de la Economía significan que ninguna perspicacia útil será realizada.

Aquí, desafortunadamente, es donde entra la conexión al argumento de Posner. Si “ninguna perspicacia útil” es definida de una manera de “todo

o nada”, como Posner parece definirlo -significando que las solas perspicacias que cuentan son esas que dan respuestas normativas completas y definitivas- entonces mayor tiempo y esfuerzo en la Economía siempre será improductivo, por lo menos medido por ese examen. El mismo examen, debería ser notado, determinaría también como improductivo cualquier mayor investigación sobre seguridad de los productos. En este punto, la opinión de Posner sobre qué cuenta como triunfo o fracaso normativo puede claramente terminar apoyando la conclusión de que un juez sabio debería simplemente ignorar el Análisis Económico. En mi opinión, eso sería una pérdida.

3. Teorías interpretativas

Déjenme cambiar ahora a un tercer tipo de teorías que no son ni puramente descriptivas ni puramente normativas. A falta de mejor nombre, llamaré a estas “teorías interpretativas”, reconociendo que soy algo rudimentario agrupando teorías con tantas diferencias como similitudes⁽⁵¹⁾. Mientras Posner hace una breve referencia a estas teorías⁽⁵²⁾, una ligeramente más larga discusión puede arrojar un poco de luz en ambas, en el uso adecuado de la Economía y en la crítica de Posner.

Las teorías interpretativas intentan esclarecer o reconstruir los conceptos usados en los cuerpos de leyes existentes, con el fin de “darle sentido” o dar mayor coherencia a aquellos conceptos. En el Derecho de la Responsabilidad Civil, estas teorías son ejemplificadas (de maneras muy distintas) por el trabajo de Jules Coleman⁽⁵³⁾ y Ernest Weinrib⁽⁵⁴⁾. Las teorías interpretativas son menos comunes (o no tan bien desarrolladas como en los anteriores casos) en el Derecho de los Contratos, pero puede hallarse ejemplos en el trabajo de Dennis Patterson⁽⁵⁵⁾, Meter Benson⁽⁵⁶⁾ y Stephen Smith⁽⁵⁷⁾.

(51) He tomado prestado este término de EISENBERG, Melvin A. *The Theory of Contracts*. En: BENSON, Peter (editor). *The Theory of Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. pp. 206 y 213-222.

(52) POSNER, Eric. *Supra* nota 1. pp. 877 y 878.

(53) Por ejemplo, COLEMAN, Jules L. *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2001; COLEMAN, Jules L. *Risks and Wrongs*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992. pp. 7-12.

(54) Por ejemplo, WEINRIB, Ernest J. *The Idea of Private Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

(55) Por ejemplo, PATTERSON, Dennis. *The Pseudo-debate Over Default Rules in Contract Law*. En: *Southern California Interdisciplinary Law Journal*. Número 3, 1993. p. 235.

(56) Por ejemplo, BENSON, Peter. *The Unity of Contract Law*. En: *The Theory of Contract Law*. *Supra* nota 51. p. 118.

(57) SMITH, Stephen A. *Towards a Theory of Contract*. En: HORDER, Jeremy (editor). *Oxford Essays in Jurisprudence: Fourth series*. Oxford: Oxford University Press, 2000. pp. 107 y 111. Posner parece colocar a Melvin Eisenberg en esta

Un rasgo común de las teorías interpretativas es que sus autores adoptan un punto de vista que es interno al cuerpo legal en cuestión. Esto es, ellos buscan explicar los conceptos legales en términos que serán familiares a los jueces, abogados litigantes y otros que participan de la práctica legal y de las instituciones⁽⁵⁸⁾. Estos académicos, por lo tanto, no intentan evaluar un cuerpo legal desde el punto de vista de una premisa normativa “externa”, tal como autonomía o utilidad o cualquier otra cosa (a lo que Coleman denomina teorías *top-down*)⁽⁵⁹⁾. En cambio, estas teorías comienzan aceptando, al menos provisionalmente, los conceptos normativos o cuasi-normativos ya empleados en los casos estudiados -por ejemplo, culpa y justicia correctiva en la Responsabilidad Civil, o autonomía individual y mantenimiento de la promesa en los contratos. Así, de este modo, el objetivo de estas teorías no es justificar o criticar el cuerpo legal en cuestión sino meramente proveer una mejor explicación de lo que el cuerpo legal es. Como resultado, estas teorías no pueden ser clasificadas con las teorías explícitamente normativas que Posner discute.

Al mismo tiempo, estas teorías aspiran a algo más que a describir meramente lo que los tribunales hacen, por lo tanto, sus teorías tampoco son puramente descriptivas. Por lo menos, estas teorías están describiendo el lenguaje y conceptos empleados en los tribunales, no los verdaderos resultados de los casos. Ellos, por lo tanto, apuntan a un nivel más alto de abstracción del que se puede alcanzar simplemente informando resultados de casos, a pesar de que una lista de resultados

puede perfectamente encajar como una descripción. En cambio, su preocupación se centra en los conceptos de “nivel medio” tales como consideración o confianza, en vez de en los resultados en bruto de los casos.

Más aún, estas teorías también buscan conectar varios conceptos en un todo coherente, y de ese modo revelar la estructura subyacente que algunas veces se dice que es “implícita” o “presupuesta” en los conceptos legales. Como resultado, estas teorías tienen algún espacio para emplear teorías normativas para decidir en qué conceptos enfatizar en su reconstrucción, y así la estructura subyacente que revelan puede ser por lo menos plausible en términos normativos⁽⁶⁰⁾. Las teorías interpretativas pueden también hacer sugerencias limitadas para reformar la ley existente y así darle más coherencia -entendiendo, por supuesto, que una mayor coherencia con el marco legal existente no es necesariamente algo positivo. En consecuencia, este caso para la reforma será en el mejor de los escenarios, uno limitado cuya fuerza debe depender en última instancia en el atractivo moral (de acuerdo a alguna teoría normativa externa) del marco en el que el teórico se ha manifestado.

El hecho de que cualquier conclusión normativa debe en última instancia tomar su fuerza de alguna teoría normativa externa, lleva a Posner a concluir que las teorías interpretativas son tema de críticas que han sido levantadas en contra de otras -más normativamente explícitas- teorías⁽⁶¹⁾. No todas estas teorías tienen como meta el avance de casos normativos con vistas a una reforma. Para algunos,

categoría. Véase: POSNER. Supra nota 1. p. 878. El trabajo más reciente de Eisenberg es, no obstante, bastante crítico en cuanto a las teorías interpretativas. Véase: EISENBERG. Supra nota 51. pp. 213-222.

- (58) Como lo expone Weinrub: “El formalista trata los conceptos de la ley como los postes indicadores de una inteligibilidad interna e intenta entenderlos como son entendidos por los juristas que piensan y hablan sobre ellos. El formalista, en consecuencia, considera a la ley tan comprensible desde dentro, no como una lengua ajena que requiere la traducción en la terminología de otra disciplina como la Economía”. WEINRUB, Ernest J. *The Jurisprudence of Legal Formalism*. En: *Harvard Journal of Law and Public Policy*. Número 16, 1993. pp. 583-592. El formalismo, en este contexto, es el nombre que Weinrub da a su versión de lo que yo llamo una teoría interpretativa.
- (59) COLEMAN. *Risks and Wrongs*. Supra nota 53. p. 8. De modo interesante, Coleman usa una teoría interpretativa (o lo que él llama una teoría “de nivel medio”) para hablar del Derecho de la Responsabilidad Civil, pero él usa una teoría más explícitamente normativa (*top-down*) para analizar el Derecho de los Contratos. *Ibid.*; pp. 9-12 y 430-436.
- (60) Saltaré aquí las cuestiones tan discutidas de qué clase de “coherencia” se requiere, y cuánto espacio deja el teórico para adoptar las interpretaciones que coincidan con sus propias teorías normativas, o cuán restringido está el teórico por los materiales legales existentes. Para la discusión de estas cuestiones, véase las varias contribuciones al *Symposium on Legal Formalism*. En: *Harvard Journal of Law & Public Policy*. Número 16, 1993. p. 579; y la literatura mucho más extensa citada allí.
- (61) POSNER. Supra nota 1. p. 878. (“La ambiciosa erudición doctrinal [el término de Posner para estas teorías] así converge a una especie de filosofía moral que es sobre todo sensible a los resultados judiciales [...]”). Posner inspecciona algunas críticas de las teorías morales del Derecho de los Contratos en la sección V.A de su ensayo.

un mejor entendimiento de los mismos conceptos legales es un objetivo que de por sí vale la pena -o, por lo menos, es una precondition necesaria para cualquier trabajo normativo ulterior- y las teorías interpretativas son vistas como un camino para ganar ese mejor entendimiento. Stephen Smith expresa esta visión bastante bien: “La erudición legal se hace con varios propósitos en mente, pero el objetivo básico de la erudición legal es comprender mejor el Derecho. Incluso si nuestra meta final es reformar el Derecho necesitamos entender qué es lo que estamos tratando de reformar (...) Entender el Derecho, como entender en otras áreas de la vida, se logra dándole sentido al objeto de nuestra investigación, haciéndolo inteligible a nosotros de una manera que no era inteligible antes”⁽⁶²⁾.

Peter Benson lo expone más duramente: “Por mucho que las teorías contractuales en competencia puedan diferir entre sí, todas ellas pretenden ser las teorías del Derecho de los Contratos. Ellas presuponen, por lo tanto, la existencia del punto de vista legal. En efecto, si una teoría debía ignorar y no tomar, incluso provisionalmente, el punto de vista de la ley, la ley deberá correctamente despedirla como extraño y, por lo tanto, irrelevante a sus propios intereses y análisis”⁽⁶³⁾.

Este empleo de la teoría representa algo fundamentalmente diferente de las teorías descriptivas o normativas (como Posner emplea aquellos términos). Cuando Posner se refiere a la habilidad o inhabilidad de una para “explicar” el Derecho de los Contratos, él parece usar “explicar” simplemente como un sinónimo para exactitud descriptiva, queriendo expresar si las recomendaciones de la teoría concuerdan con los resultados de casos existentes. Pero para teóricos interpretativos como Smith o Benson, una teoría que “explicó” el Derecho de los Contratos en



términos de algún factor completamente externo (como la eficiencia), no contaría como una explicación en absoluto, incluso si sus predicciones concordaban perfectamente con resultados reales. En cambio, el objetivo de estas teorías interpretativas es explicar los conceptos y categorías internos de la ley⁽⁶⁴⁾.

He descrito estas teorías interpretativas no porque las prefiero antes que a la Economía -no lo hago en absoluto por motivos demasiado complejos como para ser explicados aquí- pero porque ellas aumentan aún más crudamente la pregunta de qué cuenta como una buena teoría del Derecho de los Contratos. En particular, ellos muestran que lo que

(62) SMITH, Stephen A. *Taking Law Seriously*. En: *University of Toronto Law Journal*. Número 50, 2000. pp. 241 y 249.

(63) BENSON. *Supra* nota 56. p.124. Smith es más pluralista en su reconocimiento de que otras clases de teorías pueden ser útiles para otros propósitos legales, incluyendo el objetivo de reforma legal: “Entender la ley no es todo lo que nosotros hacemos o por lo que nos deberíamos preocupar. También nos preocupamos por si la ley es justa (valiosa, buena, deseable, etcétera) y, si no es justa, como esta debería ser reformada (...) El valor de tal erudición es claro. Pero nosotros no deberíamos confundir tal ejercicio con el ejercicio de entender la ley que ahora tenemos”. SMITH. *Supra* nota 62. p. 256.

(64) Coleman expresa este objetivo de la siguiente manera: “Mientras que hay mucho para ser dicho por la teoría (por ejemplo) positiva legal (...) este libro no hace ninguna predicción, no saca ningunos teoremas, y es generalmente indiferente a esta forma de explicación. Está interesado en proveer una explicación de nuestras prácticas, o partes importantes de esta, pero explicaciones que tengan sentido en la práctica a la luz de normas que reclaman ser inherentes en ello, normas, además, que podría resistir la prueba de reflexión racional”. COLEMAN. *Risks and Wrongs*. *Supra* nota 53. p.7.

cuenta como una buena teoría depende del uso al cual cada teoría va a ser puesta, entonces es mejor ser explícito sobre aquellos usos y las demandas que ellos hacen. En este caso, algunas críticas que Posner hace de la Economía son también críticas que un interpretativista haría. Y mientras el mismo Posner no es un interpretativista -de hecho, él critica teorías interpretativas, a pesar de hacerlo brevemente⁽⁶⁵⁾- sospecho que un poco de la fuerza retórica de sus críticas al Análisis Económico proviene del hecho que aquellas críticas bien podrían ser válidas si la Economía aspirara a ser una teoría interpretativa.

Por ejemplo, lo amplio del Análisis Económico bien podría contarse como un fracaso desde un punto de vista interpretativo. Como ya he dicho, desde un punto de vista normativo no hay nada malo con el reconocimiento de que nosotros entendemos algunos efectos del Derecho de los Contratos mejor que otros, y que mientras esperamos que nuestro conocimiento progrese, nunca seremos capaces de excluir la posibilidad de efectos adicionales relevantes que aún no hemos considerado⁽⁶⁶⁾. Sin embargo, desde un punto de vista interpretativo, admitir que nuestra interpretación es parcial y limitada y que probablemente siempre lo será, esté cerca de admitir el fracaso. Después de todo, la mayor parte de interpretativistas busca una interpretación que brinde coherencia a un campo de la ley en su integridad, así que si hay aspectos de aquel campo que aún no han sido considerados, la coherencia de la teoría en su totalidad estará debilitada. En otras palabras, el aspecto coherente de las teorías interpretativas puede proveer exactamente esa calidad de “todo o nada” que Posner parece aceptar, pero de la cual la Economía normativa carece completamente.

Por la misma razón, los teóricos interpretativos compartirían las dudas de Posner sobre cualquier forma de análisis parcial, en el cual el economista sostiene las variables e instituciones constantes más relevantes para enfocarse en solo una o dos. Por ejemplo, un economista no vería nada extraño en dar por sentada la estructura del litigio privado

(un demandante y un demandado), y en preguntarse qué regla sustancial sería la mejor dado los costos y otras consecuencias de la estructura de ejecución actual. El economista, por lo tanto, no aprobaría la estructura de ejecución actual, desde luego, solo dejaría para otro día todas las preguntas sobre la estructura óptima de ejecución. El economista también concedería de buen grado que, si la estructura actual alguna vez fue cambiada, ello podría alterar su conclusión en cuanto a lo qué regla sustancial sería entonces la más eficiente (esto es otro ejemplo de lo inevitablemente amplio del Análisis Económico).

Sin embargo, para un teórico interpretativo, la estructura del litigio y las reglas sustanciales son ambas parte del cuerpo de la ley que debe ser interpretada, es así que cualquier teoría que cuente para una pero no para la otra carecería de un punto de vista interpretativo. En el Derecho de la Responsabilidad Civil, por ejemplo, Jules Coleman ha argumentado que el Análisis Económico no puede explicar por qué confiamos en litigantes privados para promover objetivos de disuasión (en vez de, digamos, confiar en la ejecución pública)⁽⁶⁷⁾, y que esto pone en duda la validez de la Economía como una teoría interpretativa del Derecho de la Responsabilidad Civil⁽⁶⁸⁾. Otra vez, la aspiración a una coherencia amplia empuja fuertemente a los teóricos interpretativos hacia una postura de “todo o nada” -una postura que es extraña a la Economía normativa, pero que implícitamente ha sido adoptada por Posner.

Finalmente, un teórico interpretativo también aprobaría la búsqueda de Posner de una teoría económica “del Derecho de los Contratos”⁽⁶⁹⁾ -en vez de una teoría de bienestar económico más generalizada, o una teoría de utilidad total. Mencioné anteriormente que los argumentos indeterminados de Posner podrían haber sido más sólidos si él los ampliara para tomar en cuenta los efectos económicos que por lo general son estudiados en la literatura de otros temas, en vez de en aquella directamente perteneciente al Derecho de los Contratos -por ejemplo, la literatura sobre costos de litigio, sobre la administración

(65) Véase el pasaje citado supra nota 61.

(66) Véase supra texto acompañando a las notas 40 y 41.

(67) COLEMAN. *Risks and wrongs*. Supra nota 53. pp. 374 y 385.

(68) COLEMAN. *The practice of principle*. Supra nota 53. pp. 30 y 31.

(69) POSNER. Supra nota 1. p. 830.

incierto de reglas y normas, o sobre los derechos de demandantes contra deudores insolventes⁽⁷⁰⁾. De la externa posición de ventaja de la Economía, todos estos son efectos relevantes, y su importancia no es afectada por el hecho que algunos de ellos son estudiados por académicos cuyo trabajo no es principalmente el Derecho de los Contratos (asimismo, la distinción cualitativa entre la ley “pública” y “privada” -una distinción que es absolutamente esencial para alguien como Ernest Weinrib⁽⁷¹⁾- tampoco tiene ninguna importancia en el Análisis Económico normativo).

Desde el punto de vista interno de una teoría interpretativa, sin embargo, la división de temas de la ley entre el Derecho de los Contratos y otros asuntos son en sí un rasgo del tema que está siendo interpretado⁽⁷²⁾. Por consiguiente, una teoría interpretativa del Derecho de los Contratos normalmente preferiría una teoría que explique la ley de contratos completamente sobre la base de conceptos contractuales y doctrinas. A menos que el Derecho de los Contratos hiciera referencia a otro cuerpo legal, debería tomarse como fallido (desde un punto de vista interpretativista) si es que partes necesarias de la explicación académica tuvieran que ser importadas de otras áreas.

En breve, hay muchos motivos para pensar que la Economía fallaría como una teoría interpretativa (si es que aspirase a este estatus), y así, muchas razones para los interpretativistas para rechazar la Economía como insatisfactoria para sus propósitos⁽⁷³⁾. Pero esto simplemente subraya mi punto básico, que es que la conveniencia de una teoría depende de lo que se espera que la teoría haga. Aunque hay motivos para rechazar el Análisis Económico como una teoría interpretativa de la ley, aquellos motivos no se convierten en razones para rechazar a la

Economía, en su empleo apropiado, como una teoría normativa contingente.

4. Conclusiones

Hay, por supuesto, muchos aspectos del ensayo de Posner a los que no he hecho referencia en esta réplica. En particular, no he realizado mención alguna con respecto a los puntos de su ensayo con los que estoy de acuerdo (y son varios). Tampoco me he referido a las especulaciones de Posner sobre los futuros prospectos para el Análisis Económico -por ejemplo, acerca de si la Economía deberá abandonar su supuesto de racionalidad perfecta para realizar cualquier progreso adicional en el análisis de contratos y el Derecho Contractual⁽⁷⁴⁾. La pregunta de si la Economía tuvo éxito en el pasado es lógicamente independiente de la pregunta de si continuará teniendo éxito en el futuro, y nada de lo que he mencionado ni siquiera empieza a responder esta última pregunta.

Por el contrario, me he concentrado retrospectivamente en los últimos treinta años, en parte porque este es el enfoque primario del ensayo de Posner, y en parte porque son estos reclamos los que yo sospecho probarán ser más controversiales. Después de todo, afirmaciones de que es hora de que el Análisis Económico del Derecho se construya sobre sus éxitos, tomando una nueva dirección, no son particularmente nuevos⁽⁷⁵⁾. Pero afirmaciones de que el Análisis Económico del Derecho ha “fallado” -de hecho, de que no ha tenido éxito en absoluto en lo que debería ser su tarea- atraerán mucha más atención.

Para estar seguros, Posner no sugiere que el Análisis Económico del Derecho han fallado enteramente, pues es cuidadoso en hacer notar que hubo varios triunfos⁽⁷⁶⁾. De acuerdo con Posner, la

(70) Véase: supra notas 17-21 y el texto que las acompaña.

(71) Véase: WEINRIB. Supra nota 54.

(72) Stephen Smith provee una discusión útil sobre este tema desde un punto de vista interpretativo. Véase: SMITH. Supra nota 62.

(73) Es decir, los interpretativistas tendrían razón en rechazar a la Economía como una teoría interpretativa en su propio derecho. Desde luego, al grado que los interpretativistas utilizan teorías normativas externas en la decisión de qué interpretación adoptar (véase: supra nota 58), la economía normativa -como cualquier otra teoría normativa- todavía podría ser usada para aquel objetivo.

(74) POSNER. Supra nota 1. pp. 875-877.

(75) Véase, por ejemplo, ELLICKSON, Robert C. *Bringing Culture and Human Frailty to Rational Actors: A Critique of Classical Law and Economics*. En: *Chicago-Kent Law Review*. Número 65, 1989. p. 23. Como Ellickson indica en otra parte, los críticos del Análisis Económico del Derecho han estado prediciendo su decline inminente durante al menos veinte años. ELLICKSON, Robert C. *Trends in Legal Scholarship: A Statistical Study*. En: *Journal of Legal Studies*. Número 29, 2000. pp. 517 y 524 (citando, por ejemplo, HORWITZ. Supra nota 38. p. 905).

(76) POSNER. Supra nota 1. pp. 879 y 880.

Economía ha “clarificado preguntas de política en juego” y ha “introducido un juego de virtudes académicas”, de modo que la literatura de contratos ahora “proceda en un nivel más alto de sofisticación”⁽⁷⁷⁾. Pero la Economía, sin embargo, ha fallado en lo que Posner toma como su objetivo más importante, porque, como él dice, “falla en explicar el Derecho de los Contratos”⁽⁷⁸⁾. Por esto, él quiere decir que el análisis económico no ha desarrollado, ni una teoría descriptiva que predice la forma real de la doctrina contractual, ni una teoría normativa capaz de decirnos de manera concluyente qué reglas el Derecho de los Contratos debería adoptar.

Como debería ya ser evidente, creo que Posner no ha identificado el objetivo más importante del Análisis Económico. El objetivo descriptivo o

profético es (para mí) poco interesante y ya ha sido abandonado por la mayoría de profesores. Podría valer la pena perseguir el objetivo interpretativo, pero esto tampoco es el objetivo que los investigadores económicos persiguen. En cambio, el objetivo normativo es el más a menudo perseguido por economistas, y aquel objetivo no exige una teoría totalmente resuelta con respuestas completas y terminadas. Si nosotros, en cambio, vemos el objetivo normativo de manera ligeramente diferente -es decir, si nosotros lo vemos como el objetivo de verter tanta luz como podamos en los efectos moralmente relevantes de las reglas contractuales, y sobre los costos y beneficios de aquellos efectos- entonces, medidos por este estándar, los treinta años pasados deberían contarse como un éxito. ¹⁵

(77) *Ibid.*; p. 879.

(78) *Ibid.*; p. 880.