

# EL MOVIMIENTO DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: DESDE BENTHAM HASTA BECKER

Richard A. Posner<sup>1</sup>

***“La oferta evoca a la demanda”. Partimos de una idea relativamente simple y a lo largo del trabajo nos desplazamos por la historia del análisis económico del derecho – cuyos orígenes relaciona Posner con el utilitarismo, las tempranas aplicaciones económicas de Bentham al análisis del crimen y, en alguna medida, con el realismo jurídico – para encontrar la relación existente entre ideas nacidas en el siglo XVIII y las modernas concepciones que dan sustento a lo que algunos han llamado la corriente más influyente del pensamiento legal contemporáneo.***

***El autor, quizá el más conspicuo representante del análisis económico del derecho, muestra cómo las líneas trazadas remotamente por Bentham – a quien se debe de alguna forma la idea de que todo comportamiento humano puede ser evaluado en términos de costo-beneficio – son retomadas aunque inadvertidamente por Gary Becker, para postular un programa de investigación que, casi cincuenta años después de su original formulación, todavía resulta vigente.***

***Como Posner destaca, el análisis jurídico se ha renovado gracias al enfoque económico del comportamiento humano en formas en las que no solemos reparar. Gracias a éste, hemos descubierto cómo los intereses protegidos por el derecho de autor, el derecho penal o el derecho laboral pueden ser repensados en términos sistémicos, con una coherencia que antes no podía siquiera avizorarse.***

El campo más interdisciplinario de los estudios jurídicos es el del análisis económico del derecho, o como comúnmente se le denomina, “*law and economics*”. El decano de la escuela de derecho de Yale, a pesar de ser un crítico del movimiento del análisis económico del derecho, lo describe como “una fuerza enorme y vigorosa en el pensamiento legal americano” y dice que éste “es y seguirá siendo la escuela jurisprudencial más influyente del país”<sup>2</sup>. Un examen extensivo del campo trasciende el alcance de este artículo; el cual, de todos modos, puede ser hallado en otra parte<sup>3</sup>. Lo que intentaré hacer, en cambio, es sentar las bases de una descripción concisa del campo, haciendo referencia a dos de sus más ilustres progenitores, Jeremy Bentham y (brevemente) Gary Becker; quienes, a pesar de encontrarse distanciados por casi dos siglos, comparten sin embargo la misma concepción sobre la amplitud del modelo económico aplicado al comportamiento humano. Otra de mis preocupaciones respecto de este artículo es el tema de la causalidad histórica; y permítanme comenzar allí.

Explicar la influencia de Bentham en el movimiento del análisis económico del derecho es difícil; a pesar de que ello concierna sólo a una pequeña porción de la vasta influencia ejercida por Bentham sobre el pensamiento y la práctica legal<sup>4</sup>. Es difícil porque la determinación de influencia es, en sí misma, difícil; especialmente cuando la brecha de tiempo es considerablemente grande. El movimiento del análisis eco-

<sup>1</sup> Juez de la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito de Estados Unidos. *Senior Lecturer*, University of Chicago Law School. Este artículo es una adaptación del primer capítulo de su libro “*Frontiers of Legal Theory*” (2001), cedido especialmente por el autor para esta edición. El artículo fue traducido conjuntamente por Agnes Arbaiza, miembro de THEMIS – Revista de Derecho, y por el doctor José Juan Haro Seijas, ex miembro del Comité Directivo de nuestra revista y Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Agradecemos al Dr. Haro por sus gestiones para la obtención de este artículo.

<sup>2</sup> Comentarios de Anthony T. Kronman en el *Second Driker Forum for Excellence in the Law*, 42 *Wayne Law Review* 115, 160 (1995).

<sup>3</sup> Véase Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*. (5 ed., 1998).

<sup>4</sup> De la que podemos ver, por ejemplo, *Jeremy Bentham and the Law: A Symposium* (George W. Keeton y Georg Schwarzenberger eds. 1948); Gray L. Dorsey, “The influence of Benthamism in Law Reform in England,” 13 *Louis University Law Journal* 11 (1968); Peter J. King, *Utilitarian Jurisprudence in America: The influence of Bentham and Austin on American Legal Thought in the Nineteenth Century*. caps. 2-5 (1986). He encontrado sólo un trabajo previo sobre la relación de Bentham con el movimiento del análisis económico del derecho: “*Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit: autour de Bentham et de Posner*,” 18 *Revue interdisciplinaire d’études juridiques* 1 (1987). p 1. Pero se trata básicamente de una comparación entre mis puntos de vista y los de Bentham, y no discute su influencia.

nómico del derecho, en cualquiera de sus formas actuales, se inicia en algún momento entre 1958 y 1973. La primera fecha es el año en que el *Journal of Law and Economics* fue publicado por primera vez, y la segunda fecha corresponde a la publicación de la primera edición de mi libro *Economic Analysis of Law*. Antes del lanzamiento del *Journal of Law and Economics*, no puede decirse que existía el movimiento del análisis económico del derecho; después de la publicación de mi libro, su existencia no puede negarse, aunque algunos la deploran. Si debiéramos escoger un año como inicio del movimiento, éste sería 1968; tal vez por una razón que resulta estar ligada, aunque vagamente, a Bentham. Y eso que, para 1968, Bentham llevaba ya 136 años de fallecido.

Tendré que distinguir entre dos significados de “influencia”. El primero, al cual denominaré “inspiración”, se refiere a la situación en que (si hablamos de la inspiración que causan las ideas de una persona), la idea sostenida por una persona, llamémosla A, es tomada de A por B, y utilizada por B. Lo importante es que B efectivamente obtenga la idea de A, en vez de descubrirla independientemente o de tomarla prestada de alguien cuya cadena de títulos no se remonte a A. El segundo sentido de “influencia”, al cual denominaré “causa”, (aunque “condición necesaria” pueda ser más preciso) es más cercano al uso que la palabra “causa” tiene en el lenguaje ordinario y se refiere a la situación en la que B no hubiera utilizado la idea si A nunca la hubiera sostenido. B podría haberse inspirado en A en el sentido de haber obtenido una idea de éste y, aún así, podría ocurrir que si A nunca hubiera vivido, B hubiera obtenido la misma idea de algún otro, quien la hubiera descubierto o inventado aun en el caso de que A nunca hubiera existido – me refiero a haberla descubierto después, pero antes del tiempo de B –. Cuanto más amplio sea el intervalo entre A y B, mayor es la probabilidad de que esto ocurra.

La inspiración es más fácil de determinar que la causalidad, porque no implica la especulación sobre hechos contradictorios. Usualmente, puede ser determinada a partir de documentos o declaraciones hechas por B o por personas relacionadas con éste, o por el tipo de evidencia implícita (una notable similitud que es inexplicable excepto en la hipótesis de imitación) utilizada en varios casos de propiedad intelectual para determinar si un trabajo más reciente ha copiado uno anterior.

La distinción entre inspiración y causalidad, que uno podría suponer fundamental para la profesión del historiador, es a menudo pasada por alto por los historiadores, como ocurre con el distinguido historiador William McNeil en el siguiente párrafo: si el ejército asirio hubiera conquistado Jerusalén en el 701 a.C. y deportado a sus habitantes, entonces “El judaísmo habría desaparecido de la faz de la tierra y sus dos religiones hijas, el Cristianismo y el Islam, no hubieran podido existir. En suma, nuestro mundo sería profundamente distinto, en formas que no nos imaginamos”<sup>5</sup>. El Judaísmo fue una inspiración para el Cristianismo y el Islam, en el sentido que luego ambas religiones se apoyaron en aquél; pero de ello no se sigue que si el Judaísmo hubiera desaparecido en el siglo octavo o incluso si jamás hubiera existido, el Cristianismo y el Islam – con la cercanía que reconocemos en estas religiones – no se hubieran podido originar o desarrollar esencialmente en la misma forma y en el tiempo en que lo hicieron; pues respondieron a fuerzas poderosas y, en la religión como en el mercado, la demanda tiende a evocar a la oferta.

Sería extremadamente difícil establecer una relación causal entre Bentham y un evento – el nacimiento del movimiento del análisis económico del derecho – que ocurrió casi un siglo y medio después de su muerte. Pero pienso que sí puede demostrarse que fue uno de sus inspiradores.

Que la economía tiene una relación con el derecho es conocido por lo menos desde la discusión Hobbesiana sobre la propiedad en el siglo XVII. Tanto David Hume como Adam Smith expusieron las funciones económicas del derecho<sup>6</sup>. Ya en 1930, diversos campos legales, mayormente el derecho de la competencia y la regulación de los servicios públicos, que tenían una relación explícita con la competencia y el monopolio, venían recibiendo la atención sostenida de los principales economistas ingleses y estadounidenses (la competencia y el monopolio han recibido la atención de economistas desde Adam Smith; de aquí la calificación de “sostenida”). Y, mirando hacia atrás, puede encontrarse literatura económica vinculada a otros campos del derecho, como el notable trabajo de Robert Hale sobre derecho contractual, que también data de los años treinta<sup>7</sup>. Pero aun después de que el *Journal of Law and Economics* comenzara a ser publicado en 1958, si hubiera podido definirse un “movimiento” del análisis económico del derecho, éste

<sup>5</sup> William H. Mc Neill, “The Greatest Might-Have-Been of All,”. *New York Review of Books*, Set. 23, 1999, p. 62.

<sup>6</sup> Como es enfatizado en Charles K. Rowley “Law-and-Economics from the Perspective of Economics”. En: *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol. 2, pp. 474-476 (edición de Peter Newman, 1998).

<sup>7</sup> Véase Barbara Fried, *The Progressive Assault on Laissez Faire: Robert Hale and the First Law and Economics Movement* (1998); Ian Ayres, “Discrediting the Free Market,” 66 *University of Chicago Law Review* 273 (1999).

habría sido asociado principalmente con el estudio de la competencia y el monopolio, a pesar de que para entonces ya se habían producido incursiones ocasionales en el ámbito tributario (Henry Simons) y corporativo (Henry Manne), o en patentes (Arnold Plant), y no obstante que si retrocediéramos al siglo XVIII, encontraríamos el largamente olvidado análisis utilitario – esencialmente económico – sobre el crimen y el castigo de Bentham, al cual me referiré con mayor detenimiento más adelante. No fue sino hasta 1961, en que el artículo de Ronald Coase sobre el costo social fue publicado<sup>8</sup>, más o menos en la misma época en que apareció el primer artículo sobre responsabilidad extracontractual de Guido Calabresi<sup>9</sup>, que pudo vislumbrarse una teoría sobre el análisis económico del derecho común<sup>10</sup>. Cuando en 1968 Gary Becker publicó su artículo sobre el crimen<sup>11</sup>, reviviendo y refinando a Bentham, empezó a parecer que quizás ningún campo del derecho podría evitar situarse bajo el lente de la economía con iluminadores resultados. Y, con seguridad, en el curso de algunos años habrían de aparecer trabajos sobre los aspectos económicos del derecho de contratos, el derecho procesal civil y procesal penal, la propiedad, la protección al consumidor y otras áreas nuevas para los economistas, hasta que la tosca silueta de un campo maduro fuera discernible. Luego, libros y artículos habrían de expandir el análisis económico del derecho hacia campos como el derecho laboral, el derecho marítimo, la propiedad intelectual, el derecho de familia, la emisión de leyes, el derecho ambiental, el derecho administrativo, el derecho internacional privado y el comportamiento judicial; y ésta es sólo una lista parcial. La expansión del ámbito de aplicación del análisis económico del derecho se facilitó por la expansión de la aplicación del modelo económico de la elección racional a comportamientos ajenos al mercado. Más tarde, la extensión y profundidad de la aproximación económica al derecho fue acrecentada por los desarrollos en la teoría de juegos, la teoría de las señales en el mercado y el análisis económico del comportamiento irracional (“economía del comportamiento” o “behavioral economics”).

El análisis económico del derecho tiene aspectos tanto positivos (esto es, descriptivos) como normativos. Trata de explicar y predecir el comportamiento de los participantes en el sistema legal, e inclusive la estructura doctrinaria, procesal e institucional del sistema. Pero además, trata de mejorar el derecho al señalar aquellos aspectos en que las leyes existentes o los proyectos de leyes generan consecuencias no deseadas o no propuestas y al formular reformas prácticas. No es meramente una “empresa en una torre de marfil”, al menos en los Estados Unidos, donde el movimiento del análisis económico del derecho ha influenciado reformas legales en campos como el derecho de la competencia, la regulación de los servicios públicos y de los *common carriers*<sup>12</sup>, la regulación ambiental, el cálculo de indemnizaciones en procesos de responsabilidad civil extracontractual por daños a las personas, la regulación de los mercados de valores, el diseño de los lineamientos federales para la emisión de sentencias, métodos para liquidar la sociedad conyugal y calcular pensiones compensatorias en casos de divorcio, y el derecho aplicable a las inversiones realizadas por fondos de pensiones y otros fiduciarios. El movimiento de desregulación en particular y el incremento de la aceptación de la ideología del libre mercado en general, deben algo al movimiento del análisis económico del derecho.

Aquellos que no son economistas tienden a asociar a la economía con el dinero, el capitalismo, el egoísmo, una concepción reducida e irreal de la motivación y el comportamiento humano, un formidable aparato matemático y una inclinación hacia conclusiones cínicas, pesimistas y conservadoras. La economía ganó el sobrenombre de “ciencia oscura” debido a la tesis de Thomas Malthus, para quien la hambruna, la guerra y la abstinencia sexual eran las únicas formas en que la población y el abastecimiento de alimentos podían ser equilibrados. La esencia de la economía no tiene nada que ver con estas cosas, sin embargo. La esencia es extremadamente simple, aunque la simpleza sea engañosa. Lo simple puede ser sutil, puede no ser intuitivo; su antítesis es “complicado”, no “difícil”.

<sup>8</sup> R.H. Coase, “The Problem of Social Cost,” 3 *Journal of Law and Economics* 1. (1960 [pero realmente publicado en 1961]).

<sup>9</sup> Guido Calabresi, “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts,” 70 *Yale Law Journal* 449 (1961).

<sup>10</sup> Nota de los traductores: El derecho común o “common law” es el área del derecho anglosajón que, a diferencia del llamado “derecho estatutario” o “derecho codificado”, se encuentra construida sobre la base de las reglas establecidas en precedentes jurisprudenciales.

<sup>11</sup> Gary S. Becker, “Crime and Punishment: An Economic Approach,” 76 *Journal of Political Economy* 169 (1968). p 169, reimpresso en *The Essence of Becker* 463 (Ramon Febrero y Pedro Schwartz eds. 1995).

<sup>12</sup> Nota de los traductores: el término “common carrier” es un concepto legal con el que se describe a una empresa, típicamente a una prestadora de servicios públicos, sobre la que se impone la obligación de proveer obligatoriamente el servicio y a la que se prohíbe discriminar entre sus clientes o negarse injustificadamente a contratar. El término “common carrier” es normalmente usado para referirse a empresas dedicadas al transporte público o a las telecomunicaciones; “public utility” es el concepto que se emplea para hacer referencia al productor o proveedor de electricidad o gas, pero los regímenes regulatorios son usualmente similares. Véase Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* 380 (5 ed., 1998).

La mayor parte del análisis económico consiste en trazar las consecuencias que se derivan de asumir que las personas son más o menos racionales en sus interacciones sociales. En el caso de las actividades que interesan al derecho, estas personas pueden ser criminales o fiscales o partes en accidentes, contribuyentes o cobradores de impuestos, trabajadores en huelga o incluso estudiantes de derecho. Los estudiantes toman a las calificaciones como precios; por lo que, a menos que la administración universitaria intervenga, a veces los profesores impopulares –para poder mantener el número de estudiantes enrolados– compensarán la baja valoración que los alumnos asignan al curso mediante el otorgamiento de notas más altas; esto es, elevando el precio que todo profesor paga por sus alumnos.

He dicho que el trazado de consecuencias que hace el economista respecto de una práctica o una política es tanto sutil como simple; y he aquí un ejemplo<sup>13</sup>. Un “fideicomiso contra derrochadores”<sup>14</sup> es una forma común de fideicomiso que prohíbe que el fiduciario entregue el dinero o cualquier otro bien en fideicomiso a los acreedores de los fideicomisarios<sup>15</sup>. La ley reconoce tal restricción, no obstante que a muchos estudiosos del derecho les parezca un fraude a los acreedores; puesto que el fideicomisario –asumiendo que todos sus bienes se encuentran en fideicomiso– puede endeudarse cuanto quiera, gastar todo lo que se le preste y no quedar obligado por la ley a devolver lo prestado. Pero la economía sugiere una conclusión contraria: que, asumiendo que la estipulación que previene a los acreedores dirigirse contra el fideicomiso no se encuentra oculta, un fideicomiso contra derrochadores “limita” los préstamos que puede obtener el fideicomisario porque éste no puede ofrecer garantías al prestamista y, en consecuencia, no puede formular un compromiso de pago creíble. Desde aquí hay sólo un paso para observar cómo el aumento de los derechos de los deudores en las quiebras, lejos de ocasionar una avalancha de préstamos imprudentes, puede reducir el número de préstamos y aminorar la incidencia de la insolvencia, al inducir a los presta-

mistas a efectuar préstamos más pequeños a prestatarios riesgosos. De esta forma, los prestamistas pueden oponerse a normas que faciliten las solicitudes de quiebra, no porque temen que se incrementen los incumplimientos sino porque temen una reducción en el volumen de los préstamos (sólo imaginen cuán pocos préstamos habrían si los prestatarios no tuvieran la obligación de pagar). Nótese además cómo los acreedores son severamente lastimados tanto por la excesiva rigurosidad como por la excesiva indulgencia de las regulaciones sobre insolvencia: si los acreedores tuvieran la facultad, como ocurría en el derecho romano antiguo, de seccionar a los deudores insolventes en tantos pedazos como acreedores hubieran, el porcentaje de incumplimientos en los préstamos sería muy bajo pero la mayoría de gente tendría miedo de pedir un préstamo. Uno comprende, ahora, por qué los prestamistas informales<sup>16</sup> rompen las piernas de los incumplidores, pero no los matan.

La racionalidad implica la toma de decisiones y la gente tiene muchas veces que tomar decisiones bajo condiciones de profunda incertidumbre. Consideren la cuestión de cuánto cuidado debe tener una persona racional para evitar un accidente. El accidente se producirá con una probabilidad de “P” e impondrá un costo que denominaré “D”, por daños; mientras que eliminar la posibilidad de tal accidente impondría un costo, para el potencial causante del daño, que denominaré “C” (por carga). El costo de evitar el accidente será menor que el costo previsto para el accidente (o el beneficio de evitar el accidente) si C es menor que D descontado (multiplicado) por P, ó  $C < PD$ <sup>17</sup>. En este supuesto, si el potencial causante no toma precauciones (de pronto porque no considera que el costo de la víctima del accidente será un costo para él) y ocurre el accidente, será debidamente considerado en falta. Esta es la fórmula de la negligencia anunciada por el Juez Learned Hand en una opinión judicial de 1947<sup>18</sup>, pero que no fue reconocida como una fórmula “económica” de la culpa sino hasta muchos años más tarde. La fórmula es simple, pero su elaboración y aplicación en doctrinas específicas del derecho de la

<sup>13</sup> Basado en Posner, nota 3 *supra*, en 560-561, y Adam J. Hirsch, “Spendthrift Trust and Public Policy: Economic and Cognitive Perspectives,” 73 *Washington University Law Quarterly* 1 (1995).

<sup>14</sup> Nota de los traductores: El término “*Spendthrift trust*” – que hemos traducido como “fideicomiso contra derrochadores” – describe al trust o fideicomiso, creado típicamente mediante testamento y que niega al beneficiario (conocido en el Perú como fideicomisario) el derecho de disposición sobre los bienes afectados en fideicomiso (que en el derecho anglosajón se denominan “*corpus*”).

<sup>15</sup> Nota de los traductores: el término “fideicomisario” se utiliza en el Perú para referirse a los beneficiarios del fideicomiso y es en tal sentido que se utiliza en esta traducción. El término “fiduciario” refiere al administrador del fideicomiso, que en el derecho anglosajón se denomina “*trustee*”.

<sup>16</sup> Nota de los traductores: En el texto original “*loan sharks*”, término que literalmente podría traducirse como “tiburones de los préstamos” y que, como resulta evidente, tiene un contenido calificativo que no hemos podido mantener en la traducción.

<sup>17</sup> Me abstraigo de las complicaciones que pueden introducirse al asumir que el potencial causante de los daños o la víctima potencial es adversa al riesgo o proclive al riesgo, antes que neutral al riesgo.

<sup>18</sup> *United States v. Carrol Towing Co.* 159 F.2d 169. (2d Cir. 1947).

responsabilidad civil extracontractual ha generado una inmensa e iluminadora literatura. Hand no era un economista y él propuso la fórmula para decidir sobre un proceso judicial. Éste es un ejemplo del frecuente isomorfismo de las doctrinas jurídicas y los principios económicos: estos últimos pueden ser utilizados, la mayor de las veces, para esclarecer y refinar a aquéllas.

Adviértase que quien causa el daño puede ser negligente incluso si la probabilidad de que ocurra el accidente es escasa – porque C puede ser pequeño y D grande – o aun si el costo de evitar el accidente es muy elevado, ya que P y/o D pueden ser muy grandes. Nótese también que C puede significar no sólo el costo de tomar precauciones para el potencial causante del daño, sino también el costo de evitar o reducir el nivel de la actividad y realizar otras actividades, lo cual es otra manera de evitar los daños a terceros. Esto nos dará una clave del rol, o de uno de los roles, de la responsabilidad objetiva en el derecho. Si una persona mantiene a un tigre en el patio trasero de su casa para su defensa personal, y el tigre sale y le arranca la cabeza a un vecino, éste sería un caso de P elevado y D elevado, pero también de C elevado si la persona no hubiera podido tener más cuidado para evitar que el tigre salga. Sin embargo, C sería bajo si se le analizara como el costo de no tener un tigre o de sustituirlo por otro método de defensa personal; en definitiva, éste es un supuesto en que se impone la responsabilidad objetiva, de modo que se induzca a los potenciales causantes del daño a considerar realizar cambios en el carácter o el nivel de sus actividades.

He estado discutiendo sobre daños accidentales, pero la fórmula de Hand puede adaptarse cómodamente a cualquier tipo de daño, simplemente poniendo el signo menos delante de C. Esto moldea el supuesto en que, en vez de tener que invertir recursos para evitar una lesión (C positivo), el causante del daño invierte recursos para infligir lesiones, de modo tal que podría ahorrar recursos por la vía de no causar el daño (C negativo). Como PD debe ser siempre mayor que C negativo, es evidente que los daños deliberadamente causados, a diferencia de los daños accidentales, deben presumirse contrarios a derecho. Es un poco menos obvio que la sanción de los daños deliberados no pueda ser dejada enteramente al sistema de responsabilidad civil extracontractual. La persona que invierte recursos para infligir un daño muy probablemente proyecta obtener una ganancia sustancial, pe-

cuniaria o no pecuniaria, si obtiene éxito; también es probable que tome medidas para evitar ser detectado. Por tales razones, la sanción óptima para un daño deliberado muy probablemente sea más elevada que para un daño accidental. Por ejemplo, si el probable causante del daño proyecta una ganancia neta G, y una probabilidad de castigo  $P < 1$ , la sanción S debe fijarse en  $S = G/P$  de modo que se iguale al beneficio esperado de causar el daño y así se haga que infligir la sanción carezca de valor alguno para el causante. Muchos causantes de daños deliberados no pueden pagar la sanción óptima y por eso la sociedad tiene que recurrir a sanciones no pecuniarias en un esfuerzo de imponer al causante de los daños una desventaja igual o mayor que la ventaja esperada de infligir el daño. Más aun, muchos causantes de daños deliberados no tienen activos – tal vez sea por esto que se dedicaron al crimen para sostenerse - y así, a las víctimas de daños deliberados a menudo les faltará un incentivo para demandar por responsabilidad civil extracontractual. Por cualquiera de estas causas, en ambos casos la sociedad necesita que el derecho penal complemente a la responsabilidad civil extracontractual.

Déjenme ahora centrar mi atención en dos usos del análisis económico menos comunes que la explicación de la racionalidad económica de las regulaciones y prácticas. Ellos son simplificar el análisis jurídico, frecuentemente mediante la superación de los límites doctrinarios, y desafiar al abogado o al juez a defender sus valores. Nos hemos acercado a lo primero al relacionar al derecho penal con la responsabilidad civil extracontractual, asignándole a aquél un rol supletorio de éste; y al darnos cuenta cómo la teoría de la elección en condiciones de incertidumbre juega un papel decisivo en ambos análisis. La incertidumbre de que un criminal sea atrapado, como la incertidumbre de que un acto negligente genere un daño, es un determinante crítico de la sanción óptima.

El caso *Dr. Miles Medical Co. v. Jhon D. Park & Sons Co.*<sup>19</sup> trataba sobre la legalidad, bajo el derecho antitrust<sup>20</sup>, de un contrato por el que un abastecedor de medicamentos patentados prohibió a sus distribuidores cobrar a sus clientes un precio menor por las medicinas al que él había sugerido; esta práctica es conocida como “*resale price maintenance*”. La Corte Suprema sostuvo que la práctica era ilegal, señalando que tenía el mismo efecto que si los distribuidores

<sup>19</sup> 220 U.S. 373 (1911).

<sup>20</sup> Nota de los traductores: El derecho antitrust estadounidense, cuya regulación federal se inició en el año 1901 con la aprobación del *Sherman Act* (o Ley Sherman), constituye el antecedente remoto de lo que en los países de tradición romano-germánica se conoce con mayor propiedad como Derecho de la Competencia.

hubieran concertado para fijar el precio al cual iban a vender los medicamentos de Dr. Miles; esto es, el mismo efecto que un cartel de distribuidores, que sería considerado una violación *per se* del derecho antitrust. Pero existe otro efecto, que la Corte pasó por alto. Los distribuidores que son incapaces de competir en precios pueden todavía ganar dinero si compiten en dimensiones distintas al precio, como por ejemplo teniendo más inventarios o contratando a vendedores mejor informados para atraer a los clientes. Si estos servicios son importantes para la estrategia de mercado del fabricante, éste puede utilizar un precio mínimo sugerido para inducir su prestación. Porque al establecer el precio mínimo de comercialización sobre los costos de venta del distribuidor, el fabricante estará dando a los distribuidores un incentivo para competir entre ellos (para obtener ventas adicionales) ofreciendo a los clientes mayores servicios. Esta competencia transformará las mayores ganancias que produce el precio mínimo sugerido en mayores servicios en el punto de ventas, que es lo que el fabricante quiere.

Un cartel de distribuidores podría tener también este efecto. Los miembros del cartel, cada uno de los cuales querría incrementar sus ventas al precio concertado (ya que este precio está por definición por encima del costo) tratarán de "quitar" clientes a sus competidores ofreciéndoles un mejor servicio. La diferencia está en que, en el supuesto del cartel, el distribuidor puede ofrecer "más" servicios de los que el cliente quiere; el cliente puede preferir un precio inferior con menos servicios. Si esto es en efecto lo que el cliente desea<sup>21</sup>, el fabricante no establecerá un precio mínimo de comercialización, puesto que si lo hiciera perdería negocios y ganancias frente a un competidor que no estableciera precios mínimos.

Puede parecer que mi siguiente ejemplo no guarda ninguna relación con el anterior. Los críticos de la desregulación de la actividad aerocomercial han señalado que el servicio de las aerolíneas es, en algunos aspectos, inferior en comparación a aquellos tiempos en que ésta era una actividad regulada. Los aviones están más llenos, hay menos espacio para las piernas, la comida es peor. Han desaparecido ya los *piano bares* de los 747 de American Airlines. Esto es lo que la economía predijo. La actividad aerocomercial regulada era un cartel impuesto por el gobierno. Los precios se mantenían elevados y, como resultado de ello, la competencia había sido encaminada hacia

aspectos no relacionados con los precios. Cuando la competencia entre las aerolíneas consumió por completo todas las ganancias del cartel – que se invertían en mejores servicios – la industria ya estaba madura para la desregulación.

Así vemos, y este es el punto de la discusión, que los precios mínimos sugeridos de las medicinas patentadas y la desregulación del transporte aerocomercial plantean el mismo problema económico, el de la relación entre la competencia basada en precios y la competencia basada en aspectos no relacionados con el precio, aunque una envuelva bienes y la otra servicios, un caso sea antiguo y el otro reciente, uno envuelva la interpretación judicial del derecho antitrust y el otro la reforma legislativa de la regulación sobre *common carriers*. Prácticas, instituciones, cuerpos de leyes totalmente desvinculados si se miran a través del lente del análisis legal ortodoxo, pueden tener relación con el mismo problema económico. Campos enteros del derecho son intercambiables cuando se les mira a través del lente de la economía.

Cuando yo era un estudiante de derecho, el derecho parecía un ensamblaje completamente desconectado de reglas, procedimientos e instituciones. La economía revela una estructura profunda del derecho que tiene considerable coherencia.

Consideren el famoso caso de responsabilidad civil extracontractual de *Eckert v Long Island R.R.*<sup>22</sup> Un hombre vio a un niño en los rieles de una vía ferroviaria. Un tren que era operado negligentemente (esto es crucial, como veremos en un momento) se dirigía hacia el niño. El hombre se lanzó hacia delante, levantó al niño y lo puso a salvo, pero murió en el intento. ¿Debe considerarse a la empresa ferroviaria responsable ante los herederos por su negligencia? ¿O debe considerarse que es el rescatador quien debe asumir el riesgo? Este es un tema de responsabilidad civil extracontractual, pero una manera útil de aproximarnos a él es en los términos de un contrato. Cuando los costos de negociar un contrato entre la empresa ferroviaria y los posibles rescatadores se aminoran, en vez de ser prohibitivos debido a que los rescatadores potenciales no están identificados, la empresa ferroviaria podría establecer un contrato mediante el cual el rescatador de la persona puesta en peligro por su negligencia sería indemnizado si muriera o se lesionara en el intento de rescatarla, con la condición de que su conducta sea razonable. La empresa ferroviaria

<sup>21</sup> Con mayor precisión, el cliente marginal; pero no profundizaré en tal refinamiento. Véase Posner, nota 3 *supra*, p. 321.

<sup>22</sup> 43 N.Y. 502 (1871).

sería responsable por daños extracontractuales frente a la víctima por su negligencia si la persona no fuese salvada y, de esa manera, un potencial rescatador concede una ventaja esperada a la empresa ferroviaria por la que ésta estaría feliz de pagar si es que el costo fuera menor que la ventaja esperada.

Es solamente una ventaja “esperada” por dos razones. El rescatador puede tener suficiente motivación altruista para intentar el rescate sin ninguna expectativa de recompensa y, aún así, podría fallar. En el caso de Eckert el rescatador fue exitoso. Supongamos que la vida del niño era tan valiosa como la vida del rescatador, digamos \$1 millón (en dólares actuales); supongamos además que el rescatador tenía un 10% de posibilidad de morir en el curso del rescate y el niño una posibilidad nula de sobrevivir si el rescate no fuera exitoso. Entonces, *ex ante* (esto es, antes de conocer el resultado del intento de rescate), la empresa ferroviaria hubiera estado ansiosa por firmar el contrato que he descrito. La ganancia neta esperada para ésta hubiese sido \$900,000, ya que en nueve de cada diez casos se ahorraría un millón de dólares completo, el monto de la indemnización que la Corte otorgó a los herederos de Eckert. Este es otro ejemplo de cómo la teoría de la elección en condiciones de incertidumbre permite y otorga unidad analítica a diversos temas jurídicos.

El recurso analítico de imaginar el resultado de una transacción sin costos es un legado del famoso artículo de Coase sobre el costo social. El análisis de Coase postula dos tareas estrechamente relacionadas para el derecho, cuando el derecho se concibe como un método para promover una eficiente asignación de los recursos: minimizar los costos de transacción, definiendo claramente los derechos sobre la propiedad y asignando éstos a las personas que probablemente los valoran más (de manera que se minimice la necesidad de recurrir a costosos contratos para modificar la asignación inicial del derecho); e intentar producir – cuando los costos de transacción son prohibitivos – la distribución de recursos que hubiese ocurrido si los costos de transacción fuesen cero, pues esta es la asignación eficiente. La distinción entre escenarios con costos de transacción altos y bajos ilustra la ruptura de las antiguas fronteras por el análisis económico del derecho y he aquí una ilustración más exótica: el uso de la “personalidad” como un principio económico organizador de un vasto campo de intereses del derecho. El *Webster’s Third New*

*International Dictionary* ofrece diversas definiciones de tal palabra. La personalidad es “la calidad o condición de ser una persona y no una abstracción”. Es “el hecho de ser una persona individual”. Es “la condición o el hecho de relacionarse con una persona particular”. Es “el complejo de características que distinguen a un individuo en particular, que lo individualizan o caracterizan en su relación con otros”. Es “la organización de características del trato, actitudes y hábitos que distinguen a los individuos”. Son “las características sociales de llamar la atención, inspirar admiración, respeto o influenciar, mediante la características personales”. De este modo, la personalidad significa individualidad humana y (como en la última definición) una lucha por el reconocimiento como individuo separado, distinto y admirado. Cuando la personalidad no es reconocida, estamos en el anonimato. El “autor”, concebido como un escritor que infunde su personalidad en su obra, debe ser entonces contrastado con el escritor fantasma<sup>23</sup>, que intenta (o intentó – pues la práctica está cambiando –) ocultar su personalidad.

El concepto de personalidad es central para el derecho de autor y para la variante de tal derecho, que viene asentándose recientemente en el derecho estadounidense, conocida con el nombre de “derecho moral”. Copiarse puede ser una forma de afectar o apropiarse personalidad; el plagio y la imitación se encuentran entre los conceptos que el derecho usa para establecer límites a las copias con el objeto de proteger la personalidad. La personalidad también juega un papel importante en el derecho de la propiedad industrial, una vez que entendemos que una compañía u otra institución pueden tener personalidad de la misma forma en que la tiene una persona natural. Un producto con marca tiene personalidad; la versión genérica del producto no. El concepto de personalidad también es clave para entender el derecho a la privacidad que describe nuestro derecho de responsabilidad civil extracontractual, en especial – aunque no únicamente – la rama de tal derecho que se conoce como “derecho de publicidad”; que comprende el derecho de una celebridad para controlar el uso de su nombre o imagen para fines publicitarios u otro tipo de propósitos comerciales. La personalidad figura, además, en disputas sobre la propiedad de obras de arte; en parte por los motivos para poseer obras de arte, y en parte por la importancia del origen para la valoración de una obra artística, donde el término “origen” usualmente significa la identidad del artista.

<sup>23</sup> Nota de los traductores: el término “escritor fantasma” – como hemos traducido la palabra inglesa *ghostwriter* – alude al escritor que redacta un discurso, libro o artículo para otro, que se reconoce nominalmente como su autor.

Con el paso de los siglos hemos observado un ascenso continuo en lo que, a no ser por su asociación infortunada con las antiguas naciones comunistas, uno podría llamar el "culto a la personalidad". El anonimato de la autoría, no sólo de la autoría de libros sino también de aquella que recae sobre artículos en revistas y en periódicos, o en la creación de obras de arte, ha declinado hasta el punto en que es común hoy en día que el nombre del escritor fantasma aparezca en la primera página bajo el nombre del autor (nominal) y que las notas y los comentarios de los estudiantes en las revistas de derecho lleven el nombre del estudiante (práctica desusada hace tres décadas), sin importar lo mucho que el trabajo pudiera haber sido editado. El movimiento en favor del autor ha buscado, con algún éxito, obtener que se reconozca al director de una película como su autor; mientras que al mismo tiempo - y sólo de una manera superficialmente inconsistente - el reconocimiento a las contribuciones efectuadas para la elaboración de un libro u otra producción creativa por los lectores de los borradores, por los editores, por los miembros de la familia e incluso por las secretarías y otro personal de apoyo se vuelve la norma y de hecho se convierte en mandatoria para cierto tipo de trabajos escritos. Ostensiblemente, los trabajos de investigación incluyen, cada vez con mayor frecuencia, pequeñas autobiografías del autor. Las marcas de producto son un desarrollo relativamente reciente. Todos estos desarrollos han sido paralelos a la expansión de los derechos jurídicos de la personalidad.

Este movimiento, un movimiento tanto en la práctica social como en el derecho (con el derecho presumiblemente reflejando y facilitando, al mismo tiempo, los cambios en la práctica) es lamentado por la izquierda como una manifestación de una ideología de "individualismo posesivo", una ideología en la cual el éxito es visto como el resultado de una lucha individual, antes que del esfuerzo colectivo. Desde este punto de vista, el culto a la personalidad ha ido mano a mano con el culto al capitalismo. Este punto de vista tiene un elemento de verdad, pero es más iluminador y preciso relacionar el crecimiento del reconocimiento social y legal de la personalidad con los cambios en los costos y beneficios de la personalidad versus la producción anónima de productos, tangibles o intangibles. Tres cambios son centrales. El primero es en el tamaño del mercado. Cuanto más pequeño sea el mercado para algún producto, será

más fácil para los consumidores identificar al productor sin distintivo, ya sea que tal distintivo fuera una firma, en el caso de un libro o un trabajo artístico, o un logo para el caso de un producto o servicio menos "creativo". Modernamente, los mercados grandes típicos son, según dice, "impersonales". Su impersonalidad genera una demanda de personalización.

Un mercado puede ser tan pequeño que producir para éste puede no ser financiable por los consumidores; los productores pueden requerir de apoyo privado o subsidios públicos. Si los consumidores no pagan, estarán menos interesados en identificar al productor. Adicionalmente, cuanto más pequeño sea el mercado, menos importante será motivar a los proveedores permitiéndoles apropiarse una parte considerable del beneficio social que genera su trabajo. No obstante aquella broma de Samuel Johnson de que sólo los tontos no escriben por dinero, siempre ha habido gente talentosa que ha escrito, compuesto o pintado por la satisfacción personal que hacerlo les causa, en vez de hacerlo por el ingreso pecuniario. Si la demanda por un tipo de trabajo es pequeña, los esfuerzos de los productores automotivados pueden ser suficientes para satisfacerla.

El segundo cambio está relacionado con el primero, el tamaño del mercado: éste es el costo de información respecto de la calidad de los productos y los servicios. Este costo se ha ido incrementando para muchos productos debido al creciente número de productos y productores, el incremento en la variedad y complejidad de los productos y el incremento de la especialización; lo que reduce la cantidad de información que los consumidores tienen respecto de los productos que usan (los consumidores ya no fabrican sus propias herramientas). Cuanto más elevado sea el costo de la información, será más difícil evaluar un producto y, en consecuencia, será muy valioso saber quién lo produjo. Muchos productos, en otras palabras, son el día de hoy lo que los economistas denominan "mercancías de confianza", productos que uno compra sobre la base de la fe que tiene en el productor antes que por el conocimiento directo del producto<sup>24</sup>.

La interacción entre el tamaño del mercado y el incremento del costo de la información relacionada al mercado, es ilustrada mediante la creciente importancia que los académicos modernos atribuyen a temas de prelación en el tiempo, originalidad, volumen de

<sup>24</sup> Aquí se presenta una analogía con el concepto aristotélico de "recurso ético", con el cual se identifica al esfuerzo de un orador por persuadir a su audiencia de que él es honesto, está informado y es una persona digna de confianza. Este es un importante instrumento de la retórica, que Aristóteles identificó pertinentemente al razonar sobre temas que no pueden ser resueltos definitivamente recurriendo a la lógica o a la información. El convencimiento retórico, para Aristóteles, es una mercancía de confianza.



trabajos publicados, citas y otro tipo de reconocimientos en sus trabajos publicados y al plagio. Los mercados académicos modernos son vastos, de modo que los académicos no pueden crear fácilmente una reputación por vía oral; necesitan un sello visible de su personalidad.

No obstante que cuanto más grande sea el mercado y más elevado el costo de la información son mayores los beneficios de conceder reconocimiento legal a la personalidad del productor, los costos de tal reconocimiento no deben ser ignorados. Tienen mucho que ver con la naturaleza cooperativa de casi toda la producción, una característica que el énfasis romántico en el genio ha obscurecido y que es la tercera variable en el cultivo y reconocimiento de la personalidad sobre el que deseo hacer hincapié. La mayor parte de los trabajos creativos reposa fuertemente, aunque fuera en un grado que al propio autor le resulte difícil identificar, en trabajos previos. En la medida que la apropiación de un trabajo anterior se haga más onerosa por la necesidad de incurrir en costos para negociar con su creador porque éste ha recibido reconocimiento legal para sus derechos sobre el trabajo, más alto será el costo del trabajo creativo en el presente y en el futuro. Este es un ejemplo de colaboración entre generaciones, pero por supuesto que también hay mucha colaboración entre contemporáneos, como en la coautoría y en la creación de trabajos que involucran a varias artes, como la ópera y el cine. Aquí también el esfuerzo por otorgar protección legal a la personalidad de cada contribuyente podría generar costos de transacción formidables.

Existe una convergencia entre el análisis económico de la personalidad y la crítica radical hacia de la personalidad que pone énfasis en la característica estructural o construida, en vez de "natural", de la autoría<sup>25</sup>. Todo texto tiene un escritor; y por simplicidad, déjenos considerar sólo aquellos textos escritos por una sola persona. Es una cuestión aparte si la persona debe ser considerada como un "autor" y así obtener no sólo la protección legal del derecho de autor, sino también una reputación que incrementará (o disminuirá) su habilidad de vender futuros libros, que generará curiosidad sobre su vida o su línea de

pensamiento, que creará un mercado para su biografía. Igualmente, puede obtener autoridad interpretativa, la autoridad de determinar el significado de lo que él ha escrito. O por el contrario, él podría ser una construcción interpretativa de ese trabajo: todo lo que sabemos acerca de "Homero" es lo que podemos inferir del texto de "La Iliada" y "La Odisea".

Que un escritor sea considerado un autor depende de convenciones sociales y legales y no del hecho de que el escritor haya en efecto escrito el texto en cuestión. La sociedad podría estar más impresionada por la contribución que la imprenta, el ilustrador o la editorial hicieron al libro, que por la contribución del escritor. O tal vez podría considerar que el texto escrito es menos importante que las ideas a las que se hace referencia, las cuales podrían provenir de otra persona. Del mismo modo, la gente podría dejar de pensar que "Rembrandt" fue una manera útil de categorizar un conjunto de cuadros del siglo diecisiete. Y entonces, el precio de un Rembrandt no disminuiría si se descubriese que ha sido pintado por otra persona, ya que la pintura en sí misma no se alteraría por el descubrimiento. Que el precio sí disminuye, que un Rembrandt pierde valor dramáticamente cuando se descubre que ha sido pintado por otra persona, sugiere que los Rembrandts son bienes de confianza, tal vez porque no haya ningún forma "objetiva", ni algorítmica, para determinar la calidad de las obras de arte<sup>26</sup>. Y aquí nos tropezamos con una paradoja: la cultura y el reconocimiento de la personalidad están, sin lugar a dudas, relacionados con la moda y el comportamiento en masa. La incertidumbre de los estándares de calidad que nos conducen a basar nuestros juicios de valor en la personalidad de lo que llamamos un Rembrandt, en lugar de en la calidad intrínseca del cuadro, también nos conduce a tomar en cuenta la valuación que de esos cuadros hacen otros.

Este análisis nos puede ayudar a entender, no sólo la artificialidad de muchas de las distinciones de la doctrina legal, sino también la porosidad de las fronteras que separan al derecho de otras formas de control social. El derecho de autor, la propiedad industrial y el derecho de privacidad son formas de

<sup>25</sup> Véase Michael Foucault, "What is an author?," En: *Textual Strategies: Perspectives in Post-Structuralist Criticism* 141 (Josué V. Harrari ed. 1979); *The Construction of Authorship: Textual Appropriation in Law and Literature* (Martha Woodmansee y Peter Jaszi eds. 1994). El concepto de "autor" no puede limitarse al escritor de un texto, sino que también puede incluir a un pintor, a un diseñador u otro trabajador "creativo", o para ese caso a un productor de bienes y servicios convencionales.

<sup>26</sup> Véase Holger Bonus y Dieter Ronte, "Credibility and Economic Value in the Visual Arts" (*Westfälische Wilhelms-Universität Münster, Volkswirtschaftliche Diskussionsbeitrag Nr. 219*, 1995). El fenómeno no está limitado al mercado de arte. El descubrimiento de que una obra de Shakespeare fue realmente escrita por un contemporáneo desconocido, luego de una ráfaga inicial de curiosidad, llevaría a la reducción del número de puestas en escena y ventas de tal obra.

establecer un equilibrio entre los beneficios y los costos de reconocer la personalidad, pero también lo son los conceptos de originalidad y creatividad que dan forma al mercado del arte, así como las normas extralegales relacionadas con el reconocimiento público de la influencia o de la colaboración.

Ahora déjenme poner un ejemplo de la utilidad de la economía para desafiar nuestros valores. Mi primer ejemplo es un breve artículo que pertenece al conocido teórico político de Harvard, Michael Sandel, que sorprendentemente ganó la aprobación a la venta de bebés con la condena a los contratos de maternidad subrogada<sup>27</sup>. Un doctor llamado Hicks, que practicaba la medicina en el Sur rural durante los años cincuenta y sesenta, tenía – según Sandel – un “negocio colateral secreto de venta de bebés”. También era un abortista, que a veces “convencía a mujeres jóvenes en busca de abortos de culminar el embarazo y así creaba la oferta que abastecía la demanda de sus clientes sin hijos”. Sandel considera que el “mercado negro de bebés” de aquel doctor tenía facciones redimibles, pero que la maternidad subrogada no. Él señala que, en comparación con “la empresa familiar (del Dr. Hicks), la subrogación comercial – una industria de \$40 millones – es un gran negocio”. Pero Sandel está comparando a un vendedor en un mercado con la totalidad del mercado y, más aún, a un vendedor en un mercado ilegal, donde los vendedores se ocultan a sí mismos, de la totalidad del mercado. Tomando en cuenta que hay más de un millón de abortos anuales, es manifiesta la posibilidad de que la “venta de bebés”, si fuera legalizada, eclipsaría a la subrogación comercial.

La principal distinción que Sandel hace entre la venta de bebés y la maternidad subrogada es que la subrogación, a diferencia de lo que hizo el Dr. Hicks, alienta la comercialización. “El mercado negro de bebés del Dr. Hicks respondió a un problema que surgió al margen de las consideraciones del mercado. Él no alentó a las madres solteras de los bebés que vendía a quedar embarazadas en un principio”. No tuvo que hacerlo. La demanda evoca a la oferta. Las mujeres que sabían que existía un mercado para sus bebés en el caso que ellas no quisieran conservarlos, empezaban a tener menos cuidados para evitar quedar embarazadas. Sin lugar a dudas, menos mujeres hubiesen sabido que existía este mercado si éste hubiera sido un mercado legal, en lugar de un mercado negro. ¡Pero, Sandel no nos dice que la práctica del Dr. Hicks estuviera redimida por su ilegalidad!

No digo que el análisis económico deba convencer a los opositores de la maternidad subrogada para levantar su oposición. No creo que la economía (ni ningún otro cuerpo de pensamientos, para este caso) pueda fundamentar un juicio moral<sup>28</sup>. Pero los opositores pueden sentirse presionados por mi análisis económico a reconsiderar su oposición. Es posible que estén de acuerdo con Sandel, en que lo que hizo el Dr. Hicks no era inmoral a pesar de ser ilegal, pero que estén de acuerdo conmigo en que Sandel cometió un error económico al pensar que lo que Hicks hacía era diferente a lo que hace la industria de la subrogación comercial y en sostener que existe una diferencia porque Hicks era una sola persona mientras que la industria de la subrogación comercial consiste en muchas personas.

He aquí un ejemplo más complejo de cómo el análisis económico puede motivar la reconsideración de compromisos éticos<sup>29</sup>. La ley federal de pensiones, ERISA (Ley de Seguridad de los Ingresos de los Trabajadores Retirados, por sus siglas en inglés), estipula que un empleador que establece un plan de pensiones con un beneficio definido está en la obligación de permitir que los derechos de tales trabajadores bajo tal plan se adquieran después de cinco años. El propósito de esta estipulación es corregir el abuso de establecer un plan al que no se podía tener derecho sino hasta el momento del retiro y luego despedir al empleado en el umbral de su jubilación.

El economista al cual se pidiera evaluar esta disposición de ERISA querría comenzar considerando en primer lugar cuán común sería este tipo de planes en ausencia de la ley y si prohibir este tipo de planes podría tener malos efectos, en particular sobre sus supuestos beneficiarios, los trabajadores. Antes de que la Ley fuera aprobada (en 1974), un trabajador que se retiraba antes de la edad de jubilación podría ciertamente haberse encontrado con un beneficio pensionario que valiera mucho menos que sus contribuciones y, de repente, sin valor alguno. De modo que tenía un gran incentivo para permanecer en la misma compañía hasta alcanzar la edad de jubilación. Y el empleador tenía el poder de expropiar el específico capital humano que los trabajadores hubieran desarrollado para la empresa – es decir, el potencial valor agregado que un trabajador tiene y que se encuentra ligado a su trabajo para una empresa

<sup>27</sup> Michael Sandel, “The Baby Bazaar,” *New Republic*, Oct. 20, 1997, p. 25.

<sup>28</sup> Este es un punto central en mi libro *The Problematics of Moral and Legal Theory* (1999), del que mi discusión sobre las ideas de Sandel y Hicks ha sido tomada. Véase id. p. 87.

<sup>29</sup> La discusión que sigue está basada en Richard A. Posner, *Aging and Old Age* 299-305 (1995).

en particular, de modo tal que ganaría menos si trabajara para cualquier otra empresa—amenazándolos con despedirlos antes de que adquirieran sus derechos pensionarios en el caso que insistieran en pedir un salario conmensurable con lo que ellos valían para la compañía. Uno podría imaginar a un empleador reduciendo el sueldo de un trabajador hasta el punto en que su sueldo y el beneficio pensionario, considerados en conjunto, excedieran apretadamente el sueldo que podría obtener en su mejor alternativa laboral. Un año antes de que el trabajador se retirara y resultara elegible la pensión, su sueldo podría ser cero o incluso negativo: el trabajador podría estar dispuesto a pagar para que le dejen trabajar lo suficiente como para obtener su pensión.

Puede parecer que he planteado una convincente justificación para la provisión sobre adquisición del derecho de ERISA. No obstante, estudios empíricos han demostrado que las prácticas pensionarias de los empleadores eran raramente abusivas antes de ERISA y que la Ley fue principalmente motivada por los abusos asociados a los planes de pensiones diseñados para más de un empleador, que eran administrados por el sindicato de los camioneros y otros grupos sindicales. Las condiciones del retiro, incluyendo los derechos pensionarios, son un asunto de negociación contractual entre el empleador y el trabajador, no una imposición unilateral. Aún en el caso que un empleador en particular se negara a negociar por separado con cada uno de sus trabajadores y en su lugar ofreciera condiciones laborales sobre la base de “lo tomas o lo dejas”, la competencia entre los empleadores daría a los potenciales trabajadores la posibilidad de elegir entre diferentes paquetes de sueldos y beneficios. Los paquetes ofrecidos por algunos de los empleadores podrían poner énfasis en buenas pensiones de retiro u otro tipo de beneficios al costo de sueldos más bajos, mientras que los ofrecidos por otros empleadores podrían poner énfasis en sueldos elevados al costo de tener una pensión de retiro menor u otro beneficio menos generoso. Los empleadores tenderían a ser clasificados por los trabajadores de acuerdo con las preferencias individuales de cada trabajador respecto del riesgo y la distribución de su consumo a lo largo del ciclo de su vida.

En cuanto toca a los planes de adquisición diferida puede sostenerse que, al hacer que los beneficios pensionarios fueran contingentes a que el trabajador permaneciera en la compañía y se desempeñara satisfactoriamente, facilitaban que los empleadores recuperaran su inversión en el capital humano que sus trabajadores habían desarrollado específicamente para la empresa. Debería esperarse que tal circunstancia

condujera a mayores inversiones en capital humano y consecuentemente a mayores remuneraciones. La adquisición del derecho pensionario a la edad de jubilación también resolvía el problema del trabajador que, estando a punto de retirarse, ya no tenía incentivos para trabajar duro. Resolvió este problema—lo que los economistas denominan “el problema del período final”—no sólo con el castigo (la amenaza del despido antes de que los derechos pensionarios pudieran adquirirse) sino también con el premio, ya que los beneficios pensionarios son más apreciados que las remuneraciones por los trabajadores que se encuentran en sus últimos años de trabajo.

El incentivo que tenían los empleadores para abusar del poder que el diferimiento de los derechos pensionarios les confería sacándole la vuelta a la obligación no escrita de negociar de buena fe con sus trabajadores, era compensado con su preocupación por mantener una reputación de negociar de buena fe (si perdieran esto, tendrían que pagar a sus nuevos trabajadores sueldos más altos) y por el poder de negociación que la posesión de capital humano específicamente desarrollado para la empresa confiere a un trabajador (si éste renunciaba por cólera o por disgusto, o era despedido para eliminar sus beneficios pensionarios, la compañía tendría que invertir en entrenar un trabajador novato que lo remplace). De hecho, como he dicho, antes de ERISA los despidos oportunistas de trabajadores que estaban cubiertos por algún plan pensionario eran escasos; y la Ley no ha tenido un impacto detectable sobre los despidos de los trabajadores cubiertos por planes.

Pero al limitar el diferimiento de la adquisición de derechos pensionarios, la Ley ha tendido a reducir el control de los empleadores sobre sus trabajadores más veteranos. Se esperaría que tal pérdida de control produjera dos efectos negativos en los propios trabajadores. El primero sería llevar a los empleadores a invertir menos en el desarrollo de capital humano específicamente entrenado para la empresa, por lo que la productividad del empleado y consecuentemente su salario serán menores. Segundo, debido a que los empleadores tendrán una menor inversión en sus trabajadores que proteger y los trabajadores tendrán menos incentivos para trabajar bien (ya que no enfrentan la posibilidad de una pérdida sustancial de sus beneficios pensionarios si son despedidos), es predecible que los empleadores recurrirán con mayor frecuencia a una amenaza de despido implícita o explícita, de modo tal que se mantenga la disciplina. Y tercero, cualquier cosa, legal o de cualquier otro tipo, que incremente el costo de emplear a un trabajador, generará que los empleadores contraten a menos trabajadores o que les paguen sueldos menores, o ambos.

Aun si están de acuerdo con mi análisis económico, pueden sentir que – en el balance – es más importante que los trabajadores tengan derechos pensionarios seguros o una mayor autonomía respecto de sus empleadores. Pero, una vez más, estarán obligados a preguntarse si sus sentimientos son lo suficientemente fuertes como para dejar de lado el conocimiento sobre las consecuencias que hemos adquirido gracias al análisis económico, algunas adversas para los propios trabajadores, como menores sueldos o – aun, irónicamente – empleos menos seguros.

He dado dos ejemplos de lo que puede ser considerado el sesgo conservador de la economía, aunque un término más adecuado sería “libertario”, una preferencia por la regulación a través del mercado y otros ordenamientos privados antes que por la intervención gubernamental. Pero la economía aspira a ser neutral a los valores, y con algún éxito, puesto que hay un gran número de practicantes del análisis económico del derecho, como Guido Calabresi de Yale y ahora de la Corte Federal del Segundo Circuito, y John Donohue de Stanford. Así que déjenme dar un ejemplo de cómo la economía puede echar un balde agua fría sobre una política que los conservadores prefieren<sup>30</sup>. Consideren la existencia de normas que conceden poder al gobierno para que éste designe a la fachada de un edificio como un monumento nacional de tal forma que, luego de la designación, el propietario no puede alterar la fachada. Una alternativa a la designación sería que el gobierno adquiriera (posiblemente respaldado en la amenaza de un proceso expropiatorio sujeto al pago de una justa compensación) una servidumbre sobre la fachada. Esto es lo que prefieren la mayoría de los conservadores. Ellos creen que no se debería permitir que el gobierno obtenga cosas por nada y que en el proceso imponga fuertes costos a los propietarios. Y así, exigen que se conceda al principio de la justa compensación una aplicación más amplia. Tales conservadores estarían inclinados a argumentar que la leyes para la preservación de monumentos nacionales causan que el gobierno designe demasiados monumentos en comparación con un régimen en el que el gobierno debe pagar al dueño del monumento por la reducción en el valor de su propiedad que se produce como resultado de que no se le permita alterar su fachada.

Lo cierto es que no está claro que se designarán menos monumentos bajo un esquema de pagos. El sólo hecho de que no exista compensación alguna de conformidad con la típica norma de preservación de monumentos nacionales implica que los propietarios de tales monumentos resistirán la designación, quejándose ante sus congresistas, generando otras presiones sobre la autoridad encargada de la designación, contratando abogados que encuentren vías de escape a la norma, e incluso organizándose para cuestionar o repeler la legislación. La negativa de los contribuyentes a pagar los tributos necesarios para financiar un programa de compraventa de monumentos podría ser menor. Los impuestos y los programas de gasto estatal (como los subsidios agrícolas, por ejemplo) son casi siempre tan o más costosos desde un punto de vista social que los programas de regulación, ya que los costos se distribuyen de una manera tan leve sobre el público contribuyente que pocos contribuyentes se quejan.

Pero ¿podría ocurrir que el gobierno – porque no está sacando el dinero de su bolsillo - designe los monumentos “equivocados”; esto es, que afecte propiedad que valdría mucho más si pudiera ser alterada? Probablemente, pero probablemente no. Mientras más fuerte sea el valor alternativo de la propiedad, más fuerte será la resistencia a su designación como monumento. Lo que es cierto es que el método de la designación puede generar una reducción en la oferta de monumentos; los dueños de las construcciones podrían apresurarse a demoler las fachadas de monumentos potenciales anticipando una posible designación. Pero esta no es la naturaleza de la objeción que plantean los conservadores.

La falacia de su objeción, la objeción de que el gobierno debe ser tratado como cualquier otro comprador, es la presunción implícita de que el gobierno “es” un comprador ordinario y que por lo tanto responde a los incentivos financieros tal como los compradores privados lo harían. El gobierno no es un comprador ordinario y de hecho no tiene sentido hablar de “hacerle” pagar por las cosas que quiere así como al resto del mundo, cuando el gobierno “debe” recurrir a la coerción para obtener el dinero que usa para pagar por las cosas que quiere<sup>31</sup>. Para pagar una justa compensación por una expropiación o incluso para concertar una compra voluntaria como cual-

<sup>30</sup> La discusión que sigue está basada en Posner, nota 3 *supra*, pp. 66-67, y en Daniel Farber, “Economic Analysis and Just Compensation”, 12 *International Review of Law and Economics* 125, 131-132 (1992).

<sup>31</sup> Esto es verdad aun cuando el gobierno financie sus actividades con préstamos o emitiendo dinero, ya que puede hacer estas cosas sólo porque tiene potestad tributaria o, en el caso de la emisión de dinero, el poder de obligar a la gente a tratar el dinero que emite como un título legal. Sólo cuando el gobierno financia sus actividades mediante precios competitivos está comportándose como un participante del mercado privado.

quier particular (sin la amenaza implícita de recurrir a la expropiación si el vendedor se rehusa a vender), el gobierno debe, en primer lugar, tomar de los contribuyentes los fondos necesarios, sin ninguna compensación. El pago de justas compensaciones requiere un previo acto de expropiación.

Como estos ejemplos ilustran, el trabajo básico del economista es advertirnos de las consecuencias de políticas y prácticas actuales o futuras, que aquellos que no son economistas tienden a pasar por alto, consecuencias que de vez en cuando, aunque no siempre, son adversas o al menos costosas. Este uso de la economía debiera ser bienvenido por los abogados que consideren importante descubrir cuáles son las consecuencias de las doctrinas e instituciones legales, aun de aquellas doctrinas e instituciones que han logrado el *status* de vacas sagradas dentro de la profesión legal.

Habiendo esquematizado el movimiento del análisis económico del derecho, déjeme retornar al tema de la influencia de Bentham, comenzando por el aspecto de la inspiración. Aquí, la evidencia más clara parece ser el trabajo que Gary Becker realizó en 1968 sobre el crimen<sup>32</sup>, el cual terminó convirtiéndose en una fuente de la literatura económica sobre el crimen y su control. El artículo de Becker contiene diversas citas a la discusión sobre la economía del crimen y la pena contenida en el libro de Bentham *Introduction to Principles of Moral and Legislation* (1780, expandido en la edición de 1789)<sup>33</sup>. Bentham había establecido un número de importantes puntos económicos en su *Introduction*: una persona comete un crimen sólo si el placer que anticipa por el crimen sobrepasa el dolor anticipado o, en otras palabras, sólo si la ganancia excede al costo esperado. Para disuadir a alguien de cometer un crimen, en consecuencia, la pena debe imponer suficiente dolor para que, sumado a cualquier otro dolor proyectado por el criminal, sobrepase el placer que éste anticipa por el crimen; una pena superior a aquél no debe ser impuesta, debido a que el resultado sería crear dolor (para un criminal que ya no puede ser disuadido) sin compensarlo con placer (ganancias) para las víctimas potenciales del crimen<sup>34</sup>.

La tabla de penas debe ser calibrada de tal manera que si el criminal tuviera la opción de cometer varios crímenes, cometiera el menos grave; las multas son un método más eficiente de penalización que la prisión, porque confieren un beneficio así como imponen un detrimento; y, como vimos anteriormente, cuanto menos probabilidades haya de atrapar a un criminal, más fuerte deberá ser la pena, para mantener el costo esperado lo suficientemente alto como para disuadir a los criminales de cometer un crimen.

Estos puntos constituyen los elementos esenciales de la teoría económica sobre el crimen y la pena que Becker revive. Es cierto que Becker y sus sucesores agregaron muchas cosas más, pero el centro de la cuestión estaba claramente desarrollado en la *Introduction* de Bentham. De particular importancia para el desarrollo posterior del campo es la ingeniosa recomendación de Becker según la cual, dado que las multas son desde un punto de vista social una forma de sanción más barata que la prisión (por un motivo, ellas no reducen la producción del inculpado), en la pena “óptima” concurrirán una multa muy elevada con una probabilidad muy escasa de detectar el crimen, en la medida que crear una probabilidad alta requeriría un incremento de policías y fiscales, y ello resultaría costoso<sup>35</sup>. En la realidad, sin embargo, no observamos esta “óptima” combinación muy a menudo y el intento de responder a la pregunta de por qué ha llevado a los analistas económicos del derecho a explorar las circunstancias por las que se establecen límites al uso de multas y a la severidad de las penas en general, y a considerar las propiedades económicas de las soluciones alternativas (de segundo-mejor) al problema de la penalización que el sistema de justicia criminal ha establecido.

A pesar de que Bentham fuera un famoso economista y el carácter económico de su análisis sobre el crimen y la pena sea inequívoco pese a su vocabulario ligeramente arcaico; y, a pesar de que la teoría de Bentham ha influenciado el diseño del sistema criminal de justicia de Inglaterra y los Estados Unidos; no existe economista anterior a él –según lo que me ha sido posible determinar – que haya desarrollado una teoría económica sobre el

<sup>32</sup> Nota 11 *supra*.

<sup>33</sup> Becker también cita el tratado de criminología de Sutherland, el cual contiene unas cuantas referencias a Bentham, pero que da crédito a Beccaria por haber “realizado la aplicación principal de su doctrina [el utilitarismo] en la criminología”. Edwin H. Sutherland, *Principles of Criminology* 52 (5ta ed., revisada por Donald R. Cressey 1995).

<sup>34</sup> Bentham reconoció el placer de la venganza que el castigo puede producir, y pese a que pensó que normalmente sería menor que el dolor para la persona castigada, reconoció que en principio debería ser considerado al decidir sobre el nivel de pena maximizador de la utilidad.

<sup>35</sup> El costo esperado de la pena (es ignorando las actitudes hacia el riesgo) “ $pm$ ”, donde “ $p$ ” es la probabilidad de imponer la pena y “ $m$ ” (por multa) es la severidad de la pena. Toda vez que “ $m$ ” es un pago que transfiere riqueza del criminal al Estado, su costo social neto es muy bajo, quizá cercano a cero, y por eso un esquema de penas que combine una “ $m$ ” muy alta con una “ $p$ ” muy baja será probablemente más barato que uno con la combinación opuesta.

crimen y el control de crimen. Y Becker me ha dicho que cuando él empezó a pensar acerca de la economía del crimen no estaba al tanto de la discusión de Bentham sobre el particular. Él se percató de tal discusión mientras trabajaba en su artículo, pero no recuerda bien si algunas de las ideas que allí se plantean fueron sugeridas por la obra de Bentham, sin perjuicio de que algunas de sus citas de Bentham parecen indicar que sí<sup>36</sup>. De modo que esta resulta ser un base incierta para sostener que Bentham inspiró el análisis económico del derecho.

Lo que lo hace además una base más cuestionable para argumentar que Bentham fue una causa de tal análisis. Si Bentham no hubiese escrito nada acerca del crimen o, para tal caso, si jamás hubiese nacido, probablemente algún otro economista anterior a Becker hubiera inventado la teoría económica del crimen, esencialmente en la misma forma en que Bentham lo hizo. Después de todo, Bentham no fue el inventor del utilitarismo; y, en retrospectiva, al menos, el crimen parece ser un campo natural para la aplicación de ideas utilitarias. De hecho, el predecesor de Bentham, Beccaria, un utilitarista anterior, había analizado el crimen en términos utilitarios, aunque de manera mucho menos sistemática que Bentham.

Pero si una teoría económica del crimen estaba de alguna manera “en el aire” en los últimos años del siglo dieciocho, es extraño que hayan pasado casi dos siglos sin que otro economista retomara el trabajo. De manera que por lo menos existe la posibilidad de que si Bentham no hubiese vivido, la teoría económica del crimen hubiera tenido que esperar unos cuantos años más para convertirse en parte del análisis económico moderno. Pero se trata de una posibilidad pequeña, ya que la teoría económica del crimen desarrollada por Becker parece haber sido en su mayor parte un caso de descubrimiento independiente.

Bentham escribió sobre otras áreas del Derecho distintas al crimen, especialmente en materia probatoria, pero es sólo con respecto al derecho penal que formuló una teoría económica. Sospecho que esto fue porque estaba extremadamente interesado en asuntos de control social y político, y el derecho penal es una parte

importante de tal control. No creo que reparara en que la responsabilidad civil extracontractual, los contratos y el derecho de propiedad son también una parte importante del tejido social. Podría haberlo cegado su antipatía hacia el derecho común, que – según parece que pensaba él – no servía ninguna otra función que la de enriquecer a los abogados. Es curioso, sin embargo, que cuando él escribió, el derecho penal era en su mayor parte un cuerpo de derecho común. Oliver Wendell Holmes tuvo el mismo punto ciego – esto es, reconoció el papel regulatorio del derecho penal, pero no de la responsabilidad civil extracontractual – aunque en su caso tal cosa no se debiera a ninguna antipatía hacia el derecho común.

Pero debemos considerar si la teoría utilitaria de Bentham pudo haber influenciado el movimiento del análisis económico del derecho, más allá de cualquier aplicación específica del utilitarismo que él pudiera hacer al derecho. Esto requerirá que distingamos entre el utilitarismo como una descripción del comportamiento humano y el utilitarismo como una teoría ética. Las ideas utilitarias se remontan hasta Aristóteles y el utilitarismo como un principio ético fundamental fue claramente enunciado en el siglo dieciocho, antes de que Bentham escribiera, por Hutcheson, Beccaria, Helvetius, Priestley, Godwin, y otros – y, de hecho, por Beccaria virtualmente con las mismas palabras que Bentham – “la mayor felicidad de la mayoría (“*the greatest happiness of the greatest number*”)<sup>37</sup>. Lo que distingue a Bentham es su tenacidad, casi vociferante, con la que insiste en la aplicación universal de los cálculos de utilidad a las decisiones humanas. Tal como lo señala en la primera página de su *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, “La naturaleza ha colocado a la humanidad bajo el gobierno de dos maestros soberanos, el dolor y el placer (...) Ellos nos gobiernan en todo aquello que hagamos, todo lo que digamos, todo lo que pensamos”. Otro nombre para el dolor, como ya lo he dicho, es costo; y para placer, beneficio. De modo que Bentham está afirmando que toda la gente, todo el tiempo y en todas sus actividades, basan sus acciones (palabras y pensamientos) en un análisis de costo-beneficio. Bentham pasó gran parte de su vida reiterando, elaborando y respaldando con evidencias esta afirmación<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> Véase *The Essence of Becker*, nota 11 *supra*, p. 511 nn. 40, 42, 46.

<sup>37</sup> Véase H.L. Hart, “Bentham and Beccaria”, en Hart, *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory* 40 (1982). Beccaria, sin embargo, parece haber obtenido la frase de Hutcheson. J. B. Schneewind, *The Invention of Autonomy: A History of Modern Moral Philosophy* 420 (1998).

<sup>38</sup> Aun así, el argumento había sido un lugar común antes de que Bentham naciera:

Self-love and reason to one end aspire,

Pain their aversion, Pleasure their desire.

(El amor propio y la razón aspiran a un fin,

El Dolor es su aversión, el Placer es su deseo.)

Alexander Pope, *An Essay on Man*, Epístola II, ll. 87-88 (1733). La originalidad de Bentham no reposa en el argumento en sí mismo, sino en la forma categórica e ingeniosa con que Bentham lo formuló.

Esta afirmación podría ser entendida como la base del análisis económico de los comportamientos ajenos al mercado. Una gran parte del análisis económico del derecho es una aplicación de tal análisis económico, porque el derecho es primordialmente una institución ajena al mercado y una que regula tanto conductas ajenas al mercado como conductas de mercado – el comportamiento de los criminales, de los fiscales, de las víctimas de accidentes, de las parejas que se divorcian, de aquellos que testan, de los creyentes en una religión, de los representantes políticos y así por el estilo, tanto como de los empresarios, los trabajadores y consumidores. Sin una teoría económica de los comportamientos ajenos al mercado, el alcance del análisis económico del derecho no sería mayor al que tenía en los años cincuenta, limitado a la regulación legal de los mercados explícitos. Podemos reconocer a Bentham como el inventor del análisis económico de los comportamientos ajenos al mercado.

Su descubrimiento permaneció inactivo por casi tanto tiempo como su teoría sobre el crimen y la pena. La explicación es una tarea para la ciencia de la sociología. Tiene que ver con las razones por las que los científicos se interesan en un tipo de problemas y no en otros y específicamente con las razones por las que los economistas del siglo diecinueve y también los economistas de la primera mitad del siglo veinte, no mostraron virtualmente ningún interés profesional por fenómenos sociales tales como el crimen, el litigio, la familia, la discriminación, los accidentes y las reglas de derecho. (Una excepción importante es el interés que A.C. Pigou y Frank Knight pusieron en las externalidades, de las que los accidentes a terceros son una forma, esbozada por Pigou). Tal vez sintieron que estaban demasiado ocupados tratando de entender la economía del mercado, o quizá pensaron que no contaban con los instrumentos adecuados y que les faltaba un sistema de medición comparable al dinero

para estudiar los fenómenos ajenos al mercado; incluso hay economistas que piensan esto hasta el día de hoy. De todas formas, hasta la disertación doctoral que en 1950 presentó Gary Becker sobre la discriminación racial<sup>39</sup>, el prometedor argumento de Bentham sobre la universalidad del modelo económico del comportamiento humano había sido largamente ignorado<sup>40</sup>.

Becker me dice que él no estaba siguiendo conscientemente los pasos de Bentham al insistir en la universalidad del modelo racional. Él identificaba a Bentham con la tesis normativa de que existe un deber moral de maximizar la mayor felicidad de la mayoría antes que con la tesis positiva de que las personas se comportan de manera que maximizan su propia utilidad. Para la época en que Becker escribió su artículo sobre el crimen, la maximización de la utilidad se había establecido mucho tiempo atrás como un principio fundamental de la Economía, y aunque sus orígenes en las ideas de Bentham habían sido largamente olvidados (probablemente porque no fueron útiles sino hasta unos cincuenta años después de la muerte de Bentham<sup>41</sup>), él merece el crédito por haber sido quien planteó la idea<sup>42</sup>.

Los economistas que entre Bentham y Becker afirmaron que la maximización de la utilidad era una característica universal de la psicología humana – de los que un ejemplo sobresaliente es Wicksteed – no citaron a Bentham al efectuar tal proposición<sup>43</sup> y, lo que es más importante, hicieron muy poco con su visión sobre la posibilidad de aplicar la economía a los comportamientos ajenos al mercado<sup>44</sup>. El manifiesto de Becker en defensa del análisis económico de los comportamientos ajenos al mercado sí menciona a Bentham, junto con Adam Smith y Karl Marx, como precursores<sup>45</sup>, pero critica a Bentham por haber sido primordialmente un reformador y por no haber desarrollado “una teoría del comportamiento humano real

<sup>39</sup> Publicada en 1957 con el título de *The Economics of Discrimination*. Una segunda edición fue publicada en 1971.

<sup>40</sup> Para un notorio ejemplo, véase T. W. Hutchinson, “Bentham as an Economist,” 66 *Economic Journal* 288 (1956), que ignora completamente, como obviamente ajena a la economía, la teoría de Bentham sobre el crimen y su creencia de que las personas son maximizadoras racionales en todas las áreas de su vida.

<sup>41</sup> George J. Stigler, “The Adoption of the Marginal Utility Theory,” in Stigler, *The Economist as Preacher, and Other Essays* 72, 76 (1982).

<sup>42</sup> Véase id. en 78.

<sup>43</sup> Véase Philip H. Wicksteed, *The Common Sense of Political Economy*, vol. 1, cap. 1 (Lionel Robbins ed. 1935) (publicado originalmente en 1910). Como Robbins lo puntualiza en su introducción, Wicksteed “insist[ía] en que no puede existir una división lógica entre las operaciones en el mercado y otras formas de comportamiento racional”. Id. p. xxii. Aun así Robbins no atribuye esta idea de Wicksteed a Bentham; ni tampoco cita a Bentham en el libro en que expuso una idea suya, igualmente amplia, sobre la concepción de la economía. Lord Robbins, *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science* (3d ed. 1984). No se puede asignar mayor significación a la omisión en que incurrió Wicksteed al no citar a Bentham, ya que difícilmente citó a alguien, con excepción de Jevons una vez.

<sup>44</sup> No obstante que el capítulo 1 de *The Common Sense of Political Economy* contiene una larga discusión sobre la producción de la unidad familiar.

<sup>45</sup> Véase Gary S. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, cap. 1 (1976), reimpresso en *The Essence of Becker*, nota 11 *supra*, pp. 7-8, 15 n. 13. Él también cita la amplia definición de Robbins sobre la economía, id. p. 14 n. 3 (en donde cita *The Nature and Significance*

con algunas constataciones demostrables<sup>46</sup>. Y aquí encontramos otro motivo por el que las contribuciones de Bentham a la Economía podrían haber sido pasadas por alto. Él no tiene una clara identidad como economista; su importancia como filósofo<sup>47</sup>, reformador y polemista ha opacado su trabajo económico. Es verdad que Adam Smith fue también un filósofo famoso además de economista, pero Smith escribió un tratado sobre economía y Bentham no. En los hechos, Bentham casi escribió poco, o al menos publicó poco, que tuviera algún carácter sistemático.

Aun así, si la idea de la maximización de la utilidad como un elemento fundamental de la psique humana puede rastrearse hasta llegar a Bentham, entonces podría decirse que el análisis económico de los comportamientos ajenos al mercado fue influenciado por Bentham. Y, vale la pena repetirlo, sin el análisis económico de los comportamientos ajenos al mercado, el alcance del análisis económico del derecho se vería drásticamente reducido. Pero, una vez más, ésta es una influencia en razón de la inspiración. Es poco probable que si Bentham nunca hubiese vivido la maximización de la utilidad jamás hubiera sido descubierta o aplicada a los comportamientos ajenos al mercado, porque debe recordarse que estamos hablando de un lapso de casi dos siglos entre la *Introduction* y Becker y porque el concepto de utilidad y la filosofía del utilitarismo, ambos, son anteriores a Bentham.

Debemos rastrear todavía otras dos posibles rutas de influencia entre Bentham y el movimiento del análisis económico del derecho. La primera va por el lado de la economía del bienestar y la segunda por el lado del realismo jurídico. No es la idea de que las personas se comportan maximizando su utilidad, sino aquella por la que las personas y los gobiernos “deben” comportarse de tal manera – que la utilidad, agregada de alguna manera entre las personas (en ciertas versiones, incluso entre todos los seres vivientes) debe ser la guía de la moral y de las obligaciones legales – la que constituye base de la economía vista como una disciplina normativa. Bentham puede ser considerado, junto con Adam Smith, quien fue, de todos modos, más ambivalente respecto del significado ético de la economía, el fundador de la economía normativa. Esto es cierto, a pesar de que Pigou, uno de los

primeros y más influyentes economistas del bienestar, no citó a Bentham y usó el término “bienestar total” en lugar de utilidad<sup>48</sup>, aunque sí citó a Sidgwick<sup>49</sup>, cuyo utilitarismo puede, sin embargo, rastrearse hasta Bentham. Y porque el derecho es inveteradamente normativo – porque los profesores, jueces y operadores del derecho están todos en busca de argumentos para evaluar acciones y proponer reformas – el hecho de que la economía tenga una dimensión normativa fue de gran importancia en la recepción de la economía por el pensamiento legal. Pero, una vez más, mientras la influencia inspiracional de Bentham es innegable, la influencia causal es mucho menos clara. Si Bentham nunca hubiera vivido, es probable que una versión normativa de la economía orientada hacia la maximización de la utilidad de todas maneras hubiera emergido en el siglo y medio entre su muerte y el nacimiento del movimiento del análisis económico del derecho.

El realismo jurídico es una manifestación de una de las posiciones en un antiguo debate jurisprudencial que puede percibirse con claridad tan tempranamente como en el diálogo “Gorgias” de Platón, en el que Sócrates, actuando como un protorealista jurídico, equipara a los retóricos, a quienes hoy día llamaríamos abogados, con la forma más baja de sofismo y demagogia. Mucho más tarde, durante el reinado de Jacobo I en el siglo diecisiete, el debate sería retomado por Lord Justice Coke y el propio Jacobo, el primero enalteciendo “los artificios de la razón del derecho” o lo que hoy día llamaríamos razonamiento legal y Jacobo preguntándose porqué el derecho debería ser el refugio de una banda de obscurantistas a quienes gustaba discutir sobre cosas irrelevantes. Hacia el final del siglo dieciocho el debate fue resasumido por Blackstone, quien tomó el lugar de Coke, y Bentham, quien tomó el lugar de Jacobo. A pesar de que Blackstone no fue el desvergonzado apologista deseoso de mantener el *status quo* profesional que Bentham describió en *A Fragment of Government* (1776), aquél sí elogió el derecho común y enfatizó la importancia de los derechos legales. Bentham, en contraste, pensaba que el derecho común era una confusión inútil, buena sólo para mantener los ingresos de los abogados y pensaba también que la discusión sobre los derechos no tenía sentido. Pero él no solamente dijo estas cosas; él trató de reconstruir el derecho, propo-

<sup>46</sup> Id. p. 8. Para una crítica similar a Bentham por haber enfatizado demasiado la reforma a expensas del análisis positivo, véase Richard A. Posner, *The Economics of Justice* 33-41 (1981). Por mi parte, sin embargo, reconozco allí la deuda que el movimiento del análisis económico del derecho tiene con Bentham. Id. pp. 41-42.

<sup>47</sup> Véase Ross Harrison, *Bentham* (1983).

<sup>48</sup> A. C. Pigou, *The Economics of Welfare* 12 (4ta. Ed. 1938).

<sup>49</sup> Id. pp. 18, 24.



niendo por ejemplo que el derecho común fuera remplazado por un código simple y fácil de entender, que pudiera dispensar de la necesidad de contar con abogados en la mayor parte de los casos. Él quería que el derecho se reconstruyera sobre una base científica moldeada por el fundamento de la “Felicidad Máxima” y que las tradiciones y los usos del derecho tradicional fueran desechados.

Él fue el gran desenmascarador del derecho y sus numerosos seguidores en Inglaterra y sus pocos pero todavía influyentes seguidores en los Estados Unidos<sup>50</sup>, incluyendo al redactor del primer código estadounidense de relevancia, David Dudley Field, quien elaboró un código de procedimientos para el Estado de Nueva York, mantuvieron encendida la flama benthamiana de la reforma legal. Sin el escepticismo benthamiano es difícil imaginar a Oliver Wendell Holmes escribiendo aquello que se convirtió en el manifiesto del realismo jurídico, su ensayo “*The Path of the Law*” de 1897. Y sin el involuntario patrocinio de Holmes es un poco difícil imaginar que el realismo jurídico obtuviera la preponderancia que tuvo sobre el pensamiento legal en los años 30, completado con un celo por la codificación que alcanzó su cenit con la elaboración del *Uniform Commercial Code*, que han adoptado todos los Estados en los Estados Unidos.

Una cuestión más difícil es determinar si Guido Calabresi se hubiera embarcado en su proyecto de repensar la responsabilidad civil extracontractual a la luz de la economía si no hubiera existido el realismo jurídico, ya que éste ha demostrado ser fundamental para el moderno análisis económico del derecho. Su primer artículo sobre la responsabilidad civil extracontractual, aunque no atribuye explícitamente el enfoque económico que adopta al realismo jurídico, contiene algunos rasgos de antecedentes realistas<sup>51</sup>. Calabresi es un producto de la Escuela de Derecho de Yale, el bastión del realismo jurídico y aun identificada con éste cuando él empezó a enseñar a finales de 1950, y su artículo – al igual que su trabajo posterior – parecería estar saturado del espíritu realista.

Pero soy escéptico (y mi escepticismo se ve reforzado por una conversación sobre el tema que sostuve con Calabresi). Porque el realismo jurídico había adoptado un enfoque anti-económico sobre la responsabilidad civil extracontractual. Holmes, sorprendentemente inconsciente del efecto disuasorio de la responsabili-

dad civil extracontractual, pensó que la única base adecuada para utilizar tal cuerpo del derecho para desplazar una pérdida de la víctima del accidente hacia el causante de los daños se producía si el causante de los daños era culpable y la víctima no<sup>52</sup>. Él no trató de imprimir un significado económico en el concepto de culpa (como Learned Hand haría luego, como hemos visto) sino que, en lugar de ello, usó el concepto de “culpabilidad” en un intuitivo sentido moral, y ridiculizó la idea de que una justificación alternativa para la responsabilidad civil extracontractual pudiera ser la de proporcionar una forma de seguro social contra las inesperadas y catastróficas pérdidas ocasionadas por los accidentes. Él guió el análisis de los científicos sociales sobre la responsabilidad civil extracontractual por el camino equivocado al dirigir la atención de los pensadores legales más avanzados, aquellos que luego siguieron a Holmes, hacia conceptos que enfatizaban nociones moralistas de culpabilidad y nociones colectivistas de seguro social, alejándolos del concepto de que la responsabilidad civil extracontractual podía ser vista como un régimen regulatorio en el que las sanciones legales son utilizadas para “ponerle un precio” a los comportamientos peligrosos. Los realistas jurídicos pensaron que las consideraciones moralistas no eran pertinentes en relación con los daños generados por accidentes y que Holmes había subestimado la utilidad social de usar la responsabilidad civil extracontractual para proveer seguro social. En la era realista, el pensamiento “económico” sobre la responsabilidad civil extracontractual empezó a asociarse con la idea de seguro social antes que con el uso del derecho para optimizar los comportamientos riesgosos, que constituye el énfasis del moderno análisis económico de la responsabilidad civil extracontractual.

Aquí existe, entonces, una ruptura en la senda que nos conduce desde Bentham hasta el moderno movimiento del análisis económico del derecho. Nos quedamos con el hecho de que él señaló el camino para usar el pensamiento económico de una manera normativa y que esto fue muy importante para el movimiento; su remota procreación del realismo jurídico pudo no haber aportado para nada al movimiento del análisis económico del derecho.

El economista moderno con quien Bentham tiene una mayor cercanía, como hemos visto, es Gary Becker. El

<sup>50</sup> Véase, por ejemplo, Jesse S. Reeves, “Jeremy Bentham and American Jurisprudence” 23-26 (Indiana State Bar Association, Julio 11-12, 1906).

<sup>51</sup> Véase Calabresi, nota 9 *supra*, pp. 500-501.

<sup>52</sup> Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Common Law*, clase 3 (1881).

significado de Becker para el movimiento del análisis económico del derecho es enorme, aunque esto no sea ampliamente reconocido porque su artículo sobre el crimen es el único lugar de su extensa *oeuvre* en el cual uno puede encontrar una discusión extensa sobre el derecho. Ya que la teoría de Bentham sobre el crimen había sido olvidada por los economistas, aunque en una forma diluida mantuvo su influencia en la criminología y en el derecho penal, Becker brindó un importante servicio al análisis económico del derecho simplemente reviviendo la teoría de Bentham sobre el crimen y vistiéndola con el lenguaje de la economía moderna. Pero el significado de Becker para el análisis económico del derecho va mucho más allá del crimen. Becker, como ya lo he sugerido, es el gran economista de la economía de los comportamientos ajenos al mercado<sup>53</sup>, la cual es fundamental para el análisis económico del derecho puesto que una gran parte del derecho regula las actividades ajenas al mercado. El trabajo de Becker sobre el capital humano<sup>54</sup> y (como un desarrollo de aquel trabajo) sobre la compensación laboral<sup>55</sup> abrieron el campo del empleo y la compensación laboral, áreas de gran importancia en el derecho, al análisis económico, como hemos visto anteriormente al

referirnos a ERISA. Su trabajo sobre la economía de la discriminación racial hizo lo mismo para el derecho que regula la discriminación, y su trabajo sobre la economía familiar<sup>56</sup> hizo lo mismo para el derecho de familia<sup>57</sup>. Estos son ahora prósperos sub-campos del análisis económico del derecho. Y, lo que es más importante, al demostrar la factibilidad y la productividad de aplicar la economía a actividades remotas de la "económica" temática convencional de la disciplina, incentivó a otros a expandir el dominio del análisis económico de los comportamientos ajenos al mercado hasta el punto que hoy pocas áreas del derecho están fuera del alcance del análisis económico.

El trabajo de Becker puede ayudarnos a ver las limitaciones del enfoque de Bentham. Bentham proclamó la universalidad de aquello que en terminología moderna podría llamarse análisis costo-beneficio, pero un manifiesto no es un programa de investigación. Lo que Bentham no pudo mostrar, con la excepción de su tratado sobre el crimen y la pena, fue cómo el modelo que él propuso de personas que actúan como actores racionales en todos los aspectos de su actividad podía ser utilizado para explicar o regular el comportamiento.

---

<sup>53</sup> Véase, por ejemplo, Gary S. Becker, "Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior", 101 *Journal of Political Economy* 385 (1993).

<sup>54</sup> Véase Gary S. Becker, *Human Capital: A Theoretical and Empirical Analysis, with Special Reference to Education* (3era ed. 1993).

<sup>55</sup> Gary S. Becker y George J. Stigler, "Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers," 3 *Journal of Legal Studies* 1 (1974). Becker escribió la parte del artículo que tiene relación con la compensación laboral.

<sup>56</sup> Véase Gary S. Becker, *A Treatise on the Family* (ed. ampliada de 1991)

<sup>57</sup> Becker también contribuyó con el movimiento del análisis económico del derecho a través de su influencia personal en los estudiantes y colegas, entre los que me incluyo. Véase Richard A. Posner, "Gary Becker's Contributions to Law and Economics," 22 *Journal of Legal Studies* 211 (1993); Victor R. Fuchs, "Gary S. Becker: Ideas about Facts," *Journal of Economic Perspectives*, Primavera 1994, pp. 183, 190.