

EPISTEMOLOGÍA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: UN TRAZO DE LAS PRETENSIONES TEÓRICAS*

Benjamín RUIZ GARCÍA**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Paradigmas del análisis económico del derecho*. III. *Teorías jurídicas y modelos*. IV. *Las teorías acerca de la naturaleza del derecho del análisis económico del derecho*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El propósito del presente trabajo consiste en determinar en qué medida el “análisis económico del derecho” constituye una “teoría acerca de la naturaleza del derecho”. Para lograrlo hay que precisar cuál es o cuáles son los propósitos de los estudios designados a partir de la expresión *derecho y economía*.¹ Por otro lado, dado que no existe un acuerdo acerca de las características de las teorías generales que adoptan como objeto de estudio al denominado *fenómeno jurídico*, la tarea central de este trabajo requiere la construcción de un *metadiscurso* que permita dar cuenta de la estructura de las teorías acerca de la naturaleza del derecho. La importancia de determinar si el análisis económico del derecho constituye una teoría acerca de la naturaleza del mismo radica en que, al utilizar fundamentos de la *economía* —*e. g.* la teoría de precios, el análisis costo-beneficio, la teoría de juegos y los criterios de eficiencia de Pa-

* Este artículo retoma y expone, de manera actualizada, algunas ideas que forman parte de la tesis defendida en noviembre de 2013 para obtener el grado de licenciado en derecho por el ITAM. Agradezco a Jorge Cerdio, Rodolfo Vázquez, Juan González Bertomeu, Germán Sucar y Ricardo Caracciolo sus comentarios y observaciones en el estudio de las aportaciones del análisis económico del derecho a la filosofía del derecho.

** Instituto Tecnológico Autónomo de México.

¹ Las expresiones “derecho y economía” y “el derecho y la economía” se utilizarán como sinónimo de “análisis económico del derecho”.

reto o Kaldor-Hicks—,² este movimiento ha contribuido de forma notable a la revisión del fenómeno jurídico. Sin embargo, los autores partidarios del uso de herramientas económicas para el estudio del derecho no se han ocupado de exponer la estructura de sus pretensiones teóricas, lo que ha generado una ambigüedad persistente en la *epistemología* del análisis económico del derecho.

La naturaleza del derecho es uno de los objetos temáticos más importantes en el campo de la filosofía del derecho; pero, ¿qué es la *filosofía del derecho*? De acuerdo con Rodolfo Vázquez —quien sigue la arquitectura conceptual de Norberto Bobbio—,³ esta rama del conocimiento puede definirse como una disciplina con carácter trifronte:

En un sentido amplio, y siguiendo la propuesta de Norberto Bobbio, la filosofía del derecho puede entenderse como aquella disciplina que se ocupa: a) de la determinación del concepto de derecho a partir de una reflexión de normas y el ordenamiento jurídico (teoría del derecho); b) de la metodología que adoptan los juristas para comprender, interpretar e integrar las normas de tales ordenamientos, y del mismo estatuto científico del derecho (teoría de la ciencia jurídica); y c) de las relaciones del derecho con los principios de justicia y, en general, con los valores básicos que cohesionan normativamente una sociedad: libertad, igualdad y bienestar, por ejemplo (teoría de la justicia o ética jurídica).⁴

De este modo, la *teoría del derecho* es la rama de la filosofía del derecho que adopta como objeto de estudio el fenómeno jurídico y tiene como propósito explicar qué es, precisamente, el derecho. Al conjunto de teorías que integran la genérica teoría del derecho se les denomina *teorías acerca de la naturaleza del derecho*. En una opinión compartida, los autores señalan que estas teorías tienen como propósito responder a la pregunta “¿qué es el derecho?” mas no son construcciones que: a) den cuenta de las causas y efectos de un

² Cfr. Cooter, R. D. y Ulen, T., *Law & Economics*, 6a. ed., Boston, Pearson Education, 2012, *Derecho y economía*, 3a. ed., trad. de Eduardo Suárez L., México, Fondo de Cultura Económica, 2016, pp. 27-84; García García, A. y Zavala Rubach, D., *Derecho y economía*, México-Oxford, 2009, p. 17.

³ Cfr. Bobbio, N., “Naturaleza y función de la teoría del derecho”, 1962, pp. 105-107, en Bobbio, N., *Contribución a la teoría del derecho*, 3a. ed., México, Cajica, 2006, pp. 99-108, título original: “Nature et fonction de la philosophie du droit”, *Archives de Philosophie du Droit*, 7, pp. 1-11, también incluido en versión italiana: “Natura e funzione della filosofia del diritto”, en Bobbio, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milán, Edizioni di Comunità, 1965; en español: *El problema del positivismo jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, y revisión técnica de Genaro Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1965, pp. 37-51.

⁴ Vázquez, Rodolfo, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho*, México, Trotta-Colofón, 2010, p. 11.

evento, *b*) respondan a la pregunta “¿por qué?” mediante modelos de explicación científicos, y *c*) sean susceptibles de verificación o falsación.⁵

El análisis económico del derecho ha contribuido de forma notable al estudio de las reglas jurídicas, procedimientos legales e instituciones jurídicas. En un principio, éste se confinaba al estudio de las leyes antimonopólicas, la regulación industrial e impuestos. Para la segunda mitad del siglo XX, la aplicación de las herramientas económicas se expandió hacia materias jurídicas no vinculadas con actividades de mercado, como el derecho civil y el derecho penal.⁶ Desde ya hace algunos años, los estudios agrupados en el campo del derecho y la economía se han diversificado y es posible encontrar cuatro enfoques de investigación: *a*) tradicional, *b*) neoinstitucional, *c*) elección pública, y *d*) economía del comportamiento.⁷

En contraste, el debate en torno a las características epistemológicas del análisis económico del derecho ha contado con un obstáculo central: el aparente poco interés por discutir lo que es o no es este movimiento.⁸ Uno de los autores que se han separado de esta tendencia generalizada en la bibliografía es Vázquez, quien ha utilizado parte de su obra para examinar cuál es el lugar que ocupa el análisis económico del derecho en la filosofía del derecho.

Para Vázquez, el análisis económico del derecho no puede ser comprendido a partir de una concepción de *neutralidad epistemológica*. Por un lado, porque contrario a lo señalado por Robert D. Cooter —autor que entiende

⁵ Cfr. Bix, B., “Conceptual Questions and Jurisprudence”, *Legal Theory*, 1, 1995, pp. 465-479, trad. de L. Manrique, “Interrogantes conceptuales y teoría del derecho”, 2006, pp. 28-30; Sucar, G., *Concepciones del derecho y de la verdad jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 144.

⁶ Cfr. Cooter, R. D. y Ulen, T., *Law &... cit.*, pp. 13-15.

⁷ Véase Roemer, A., *Introducción al análisis económico del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994. En relación con la economía del comportamiento, véase Sunstein, C. R., “Behavioral Analysis of Law”, *University of Chicago Law Review*, 4, 64, 1997, pp. 1175-1195.

⁸ Véase Kitch, E. W., “The intellectual Foundations of Law and Economics”, *Journal of Legal Education*, 1988; en español: “Los fundamentos intelectuales del análisis económico del derecho”, trad. de H. Garduño, M. A. González y J. Trejo, 2000, pp. 55. Sin embargo, es posible encontrar algunas propuestas de caracterización del “derecho y la economía” en Kornhauser, L. A., *The New Economic Analysis of Law: Legal Rules as Incentives*, en Mercurio, N. (comp.), *Law and Economics*, Norwell, Kluwer Academic Publishers, 1989; en español: “El nuevo análisis económico del derecho: las normas jurídicas como incentivos”, en Roemer, A. (comp.), *Derecho y economía: una revisión a la literatura*, trad. de F. Maya y E. Domínguez, México, Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas-Instituto Tecnológico Autónomo de México-Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 19-50; Cossio Díaz, José Ramón, *Derecho y análisis económico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.

al análisis económico del derecho “en sus propios términos”—⁹ es viable identificar a esta escuela con referencia a diferentes tradiciones filosóficas —e. g., el *realismo jurídico estadounidense*—. De otro, porque los estudios del derecho y la economía contemplan diferentes categorías conceptuales que forman parte de su metodología de análisis.¹⁰ En este sentido, Vázquez rechaza que el análisis económico del derecho sea sólo un instrumento de revisión de reglas jurídicas, procedimientos legales e instituciones jurídicas —como lo estipula Andrés Roemer, quien afirma que: “El análisis económico del derecho es simplemente eso: análisis puro de economía neoclásica, en este caso aplicada al derecho”—,¹¹ y sugiere que su propósito epistemológico es el de constituir una teoría. En palabras de Vázquez:

Si se aceptan estas críticas a la pretendida neutralidad del principio y del propio AED, entonces habría que admitir que éste debería constituirse en una teoría por derecho propio, con su propio arsenal conceptual y una metodología *ad hoc*, y dejar de concebirse como una especie de supra-teoría acrítica como parece desprenderse de Cooter, o como un instrumento de análisis puro de economía neoclásica aplicada al derecho, como ha sugerido no hace mucho Richard Posner.¹²

En este artículo centraré mi atención en la perspectiva tradicional del análisis económico del derecho con el propósito de determinar si esta corriente de estudio del fenómeno jurídico brinda algún tipo de construcción teórica que responda a la pregunta “¿qué es el derecho?”. Dicho de otra forma, revisaré el enfoque clásico del análisis económico del derecho con el objetivo de establecer si su estatus epistemológico alcanza a constituir una teoría acerca de la naturaleza del derecho.

La exposición se estructura de la siguiente forma: en la sección II se describe la metodología que emplea el análisis económico del derecho para examinar los comportamientos regulado y regulatorio —*ciencia jurídica*—. En la sección III se ofrece una presentación de las teorías acerca de la naturaleza derecho como formas modelo. En la sección IV se emplea el meta-discurso sugerido en la sección previa para reconstruir las teorías jurídicas

⁹ Cooter, R. D., “The Best Right Laws: Value Foundations of the Economic Analysis of Law”, *Notre Dame Law Review*, 1989, trad. de Garduño, H., Robles, J. y Velandia, N., “Las mejores leyes correctas: fundamentos axiológicos del análisis económico del derecho”, en Roemer, A. (comp.), *Derecho y economía: una revisión a la literatura*, cit., p. 133.

¹⁰ Cfr. Vázquez, Rodolfo, *Entre la libertad...*, cit., pp. 109-111.

¹¹ Roemer, A., “Réplica a los comentarios de Rodolfo Vázquez”, *Isonomía*, núm. 5, 1996, p. 159.

¹² Vázquez, Rodolfo, *Entre la libertad...*, cit., p. 111.

generales con propósitos explicativos acerca del derecho propuestas desde el análisis económico del derecho —*teoría del derecho*—. En la sección V se trazan algunas conclusiones.

II. PARADIGMAS DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

1. Definición de “análisis económico del derecho”

Cuando un autor define una palabra, término o expresión lingüística, lo que hace es dar cuenta de las reglas que determinan sus condiciones de uso o aplicación.¹³ En este trabajo se construirá la definición de *análisis económico del derecho* a partir de dos criterios de uso que ya cuentan con carta de ciudadanía en el campo de la economía aplicada al estudio del fenómeno jurídico.¹⁴

Por un lado, Charles K. Rowley define análisis económico del derecho como “la aplicación de la teoría económica y métodos econométricos para examinar la formación, estructura, procesos e influencia de la ley y de las instituciones jurídicas”.¹⁵ Por otro lado, Richard A. Posner define análisis económico del derecho como “el conjunto de estudios económicos apoyados en un conocimiento detallado de cierta área del derecho”.¹⁶ Además, apunta que:

...el único criterio posible para dar una definición de *derecho y economía* es la utilidad y no la precisión. El propósito de crear un campo separado y llamarlo derecho y economía (o mejor, *análisis económico del derecho*) es identificar el área de investigación económica para la cual un conocimiento sustancial del derecho, tanto en su aspecto doctrinario como institucional, es pertinente.¹⁷

Así, en este trabajo, el *análisis económico del derecho* designa el conjunto de estudios que, con un conocimiento profundo de la ley, se caracterizan por el uso y la aplicación de herramientas económicas para examinar las reglas

¹³ Cfr. Hospers, J., *An Introduction to Philosophical Analysis*, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1967; en español: *Introducción al análisis filosófico*, trad. de J. C. Armero San José, y revisión de N. Miguéñz, Madrid, Alianza Universidad, 1980, 2 vols., p. 39.

¹⁴ La definición empleada en este artículo es “estipulativa”. *Ibidem*, p. 51.

¹⁵ Rowley, C. K., “Public Choice and the Economic Analysis of Law”, en Mercurio, N. (comp.), *cit.*, p. 125.

¹⁶ Posner, R. A., *Economic Analysis of Law*, Boston, Little Brown, 1973, p. 226.

¹⁷ *Ibidem*, p. 225.

jurídicas, procedimientos legales e instituciones jurídicas que conforman la estructura del derecho e influyen en la conducta de sus destinatarios.

Como movimiento, el análisis económico del derecho tiene dos facetas. La primera, con antecedentes en los estudios realizados por Adam Smith, es el análisis económico de las leyes que regulan las actividades del mercado. La segunda, cuyo origen puede identificarse en los trabajos elaborados por Jeremy Bentham, es el análisis económico de las leyes que regulan las actividades ajenas al mercado.¹⁸

La primera faceta surgió con el progreso de la economía como disciplina científica y la expansión de la regulación gubernamental. En este tópico, los aportes de Smith —quien se enfocó en las conspiraciones que se gestaban para restringir el comercio— favorecieron la creación y aplicación de leyes antimonopolio en diversos sistemas jurídicos.¹⁹ Cabe decir que en esta primera faceta, el análisis económico del derecho se expandió en dirección de las leyes que regulan el intercambio de bienes y servicios en una estructura de oferta y demanda, hasta encontrar en ellas un objeto de estudio tradicional.

La segunda faceta ha tenido una evolución singular; de acuerdo con Posner, parte de tres premisas básicas, a saber:

1. Las personas buscan maximizar su bienestar en actividades ajenas al mercado.
2. Las reglas jurídicas son instrumentos que se implementan para establecer precios o beneficios (subsidios o recompensas)²⁰ en relación con las actividades ajenas al mercado.
3. En bastantes ocasiones, las decisiones judiciales se pueden entender como instrumentos que los jueces aplican con el propósito, consciente o no, de lograr resultados eficientes conforme a los criterios de Pareto o Kaldor-Hicks.²¹

¹⁸ Cfr. Posner, R. A., “Some Uses and Abuses of Economics in Law”, *The University of Chicago Law Review*, 2, 4, 1979b; en español: “Usos y abusos de la teoría económica en el derecho”, trad. de M. Vargas y M. Macías, en Roemer, A. (comp.), *Derecho y economía: una revisión a la literatura*, cit., p. 66.

¹⁹ *Ibidem*, p. 67.

²⁰ Para la distinción entre subsidios y recompensas como incentivos positivos, véase Shauer, Frederick, *The Force of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2015, pp. 114-123.

²¹ Cfr. Posner, R. A., “The Law and Economics Movement”, *American Economic Review, Papers and Proceedings*, 2, 77, 1987; en español: “El movimiento del análisis económico del derecho”, trad. de F. Maya y J. Coarasa, en Roemer, A. (comp.), *Derecho y economía: una revisión a la literatura*, cit., p. 227.

Bentham fue uno de los primeros autores en caracterizar a las personas como agentes maximizadores de su bienestar en cualquier tipo de actividad. Con respecto a Bentham, Posner dice que:

...asumió que, debido a que las personas son maximizadoras racionales respecto a la decisión de cometer un delito o de vender un caballo, el problema del control de la delincuencia radica en establecer un conjunto de “precios” por cada delito, manipulando las dos variables que determinan el costo de la sanción impuesta al delincuente (en potencia): la severidad del castigo y la probabilidad de que sea infringido.²²

Después de Bentham, fue hasta la segunda mitad del siglo XX cuando el análisis económico de las leyes que regulan actividades ajenas al mercado recobró importancia e, incluso, acaparó la atención de gran parte de los autores que conforman el movimiento del análisis económico del derecho. En este resurgimiento de la segunda faceta del análisis económico resaltan las investigaciones de tres autores: Gary S. Becker²³ —discriminación y comportamiento criminal—, Guido Calabresi²⁴ —daños— y Ronald Coase²⁵ —propiedad privada—.²⁶

Finalmente, los estudios del análisis económico del derecho se clasifican en *positivos* y *normativos*. Los estudios positivos explican las reglas jurídicas, procedimientos legales e instituciones jurídicas tal y como son. Los estudios normativos postulan cómo deben ser en términos de eficiencia las reglas e instituciones jurídicas y los procedimientos legales.

2. Análisis económico positivo del derecho

Posner, uno de los precursores y autores más influyentes del enfoque positivo del análisis económico del derecho, señala que la “distinción entre

²² Posner, R. A., “Some Uses...”, *cit.*, p. 67.

²³ Véase Becker, G. S., *The Economics of Discrimination*, Chicago, University of Chicago Press, 1959; *id.*, “Crime and Punishment: An Economic Approach”, *Journal of Political Economy*, 3, 76, 1968, trad. de E. Lozano y R. Galván, “Crimen y castigo: un enfoque económico”, en Roemer, A. (comp.), *Derecho y economía: una revisión a la literatura*, *cit.*, pp. 383-436.

²⁴ Véase Calabresi, G., “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”, *Yale Law Journal*, 4, 70, 1961, pp. 499-553.

²⁵ Véase Coase, R., “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics*, núm. 3, 1960, pp. 1-44.

²⁶ *Cfr.* Posner, R. A., “Some Uses...”, *cit.*, pp. 67 y 68.

positivo y normativo, entre explicar el mundo como es y tratar de cambiarlo para hacerlo mejor, es básica para entender el movimiento del AED”.²⁷

El análisis económico positivo del derecho tiene dos vertientes. Por una parte, el estudio del *comportamiento regulado* por el sistema jurídico, primer enfoque en el que se estudia la conducta afectada por las leyes. Por la otra, se tiene el estudio del *comportamiento regulatorio* en el sistema jurídico, segunda vertiente en la que el análisis económico positivo estudia la dinámica de creación e implementación de instrumentos jurídicos.²⁸

A. *Comportamiento regulado*

La primera vertiente del análisis económico positivo del derecho adopta como objeto de estudio el *comportamiento regulado*. Los estudios del análisis económico de este comportamiento dan por hecho el sistema jurídico —la estructura de las reglas jurídicas, procedimientos legales e instituciones jurídicas— y explican cómo las personas que interactúan con éste responden ante las restricciones y beneficios que establece la ley.²⁹

Es importante mencionar que los estudios del análisis económico del comportamiento regulado rechazan los postulados de las *teorías ingenuas del comportamiento*. Éstas plantean que la incorporación de una directriz en las reglas jurídicas ofrece una razón o motivo suficiente para actuar conforme a la conducta prescrita. De acuerdo con ello, estas teorías responden a la pregunta “¿por qué *A* lleva a cabo la conducta prescrita (c) por la regla jurídica?” en la forma del siguiente enunciado: “*A* realiza la conducta prescrita (c) por la regla jurídica porque ésta exige el cumplimiento del acto especificado”.³⁰

En contraste, el análisis económico del comportamiento regulado emplea la teoría de precios para: *a)* dar cuenta del contenido de las reglas jurídicas, y *b)* explicar la conducta —cumplimiento o incumplimiento— de sus destinatarios. En este sentido, los estudios del análisis mencionado parten de dos premisas básicas, a saber:

²⁷ *Ibidem*, p. 69.

²⁸ *Ibidem*, pp. 69 y 70.

²⁹ *Ibidem*, p. 72.

³⁰ *Cfr.* Kornhauser, L. A., *The New...*, *cit.*, pp. 19, 20 y 36.

1. Las reglas jurídicas establecen precios o beneficios (subsidios o recompensas) dirigidos a las personas que actualizan la acción u omisión prescrita.³¹
2. Las personas modifican su conducta con el propósito de evitar los costos u obtener los beneficios de la ley.³²

Los estudios del análisis económico del comportamiento regulado distinguen tres componentes de las reglas jurídicas: contenido, protección y clasificación legal. Por un lado, el contenido determina la conducta exigida a los destinatarios de las reglas jurídicas. Por otro, la protección establece el tipo de sanción que se imputa por un posible incumplimiento. Por último, la clasificación legal determina el estatuto de la regla jurídica: civil, penal, mercantil, fiscal, entre otros.³³

B. *Comportamiento regulatorio*

La segunda vertiente del análisis económico positivo del derecho adopta como objeto de estudio el *comportamiento regulatorio*. Los estudios del análisis económico acerca de este tipo de comportamiento explican la estructura de las reglas e instituciones jurídicas y procesos legales que conforman el sistema jurídico.³⁴

La eficiencia como objeto temático ocupa un lugar relevante en los estudios del análisis económico del derecho. En el enfoque positivo no es la excepción, y como lo señala Posner en relación con los estudios del comportamiento regulatorio:

Los estudiosos comprometidos con esta rama del análisis económico del derecho han adelantado la hipótesis de que las reglas, los procedimientos y las instituciones del derecho consuetudinario o de jurisprudencia —en agudo contraste con muchos diseñadores de normas legislativas y constitucionales— promueven la eficiencia.³⁵

En el análisis económico positivo del comportamiento regulatorio, las ideas que se han propuesto para demostrar que las reglas jurídicas, proce-

³¹ Cfr. Kitch, E. W., “The Intellectual...”, *cit.*, p. 56.

³² *Idem.*

³³ Cfr. Kornhauser, L. A., *The New...*, *cit.*, p. 40.

³⁴ Cfr. Posner, R. A., “Some Uses...”, *cit.*, p. 72.

³⁵ *Idem.*

dimientos legales e instituciones jurídicas favorecen la eficiencia incluyen mecanismos diferentes. A decir de Roemer, destacan los siguientes tres mecanismos:

1. Las autoridades jurisdiccionales buscan la eficiencia cuando resuelven las disputas jurídicas.
2. Las reglas jurídicas ineficientes se litigan con mayor frecuencia que las reglas jurídicas eficientes; por tanto, las reglas jurídicas ineficientes dejan de ser válidas en el sistema jurídico con el paso del tiempo, mientras que las reglas jurídicas eficientes subsisten.
3. Las partes que se benefician con las eficientes invierten más en la preparación de los litigios con el propósito de ejercer presión hasta lograr la eficiencia del derecho³⁶.

3. *Análisis económico normativo del derecho*

Los estudios del análisis económico normativo del derecho establecen que las reglas jurídicas, los procedimientos legales y las instituciones jurídicas deben ser eficientes.³⁷ En este artículo ya se ha expuesto que el enfoque positivo del análisis económico del derecho se caracteriza por explicar: *a)* la relación entre el sistema jurídico y la conducta de los destinatarios de las reglas jurídicas, o *b)* la estructura de las reglas e instituciones jurídicas, así como de los procedimientos legales. En contraste, el enfoque *normativo* de ese análisis se caracteriza por: *i)* postular que los procedimientos, reglas e instituciones señalados en *b)* deben ser eficientes, y *ii)* establecer los instrumentos jurídicos (reglas jurídicas, políticas públicas o decisiones judiciales) que deben implementarse o aplicarse para lograr la eficiencia. De acuerdo con lo dicho, ambas facetas conforman el análisis económico *normativo* del *comportamiento regulatorio*.

Entre los exponentes paradigmáticos del análisis económico normativo del derecho se puede nombrar a Calabresi³⁸ en el ámbito de la responsabilidad civil y accidentes, además de Cooter y Thomas S. Ulen³⁹ en materia de propiedad privada, contratos, derecho penal y derecho procesal.

³⁶ Cfr. Roemer, A., *Introducción al...*, *cit.*, p. 36.

³⁷ Cfr. Posner, R. A., "Some Uses...", *cit.*, p. 69; Cooter, R. D. y Ulen, T., *Law &...*, *cit.*, pp. 16 y 17.

³⁸ Calabresi, G., *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, Nueva Heaven, Yale University Press, 1970.

³⁹ Véase Cooter, R. D. y Ulen, T., *Law &...*, *cit.*

La teoría económica aplicada al estudio de la relación entre fines y bienes escasos es útil en cuanto establece qué sistema de producción de bienes o servicios es eficiente. En relación con el fenómeno jurídico, desde una perspectiva normativa, la teoría económica es útil en cuanto postula qué instrumento se debe implementar o aplicar para lograr la eficiencia requerida. Así, por ejemplo, si se asume que la eficiencia es un valor deseable en el derecho y se comparan dos instrumentos jurídicos *A* y *B*, los estudios del análisis económico normativo del derecho establecen qué instrumento jurídico (*A* o *B*) debe ser implementado o aplicado con base en los criterios de eficiencia de Pareto o Kaldor-Hicks.

A. *El análisis económico normativo del derecho y la eficiencia de Pareto*

En la eficiencia de Pareto⁴⁰ son importantes dos elementos: la asignación de recursos y las preferencias individuales. Conforme a este supuesto, Cooter y Ulen caracterizan el criterio de eficiencia de Pareto, o eficiencia de la asignación, de la siguiente forma:

... [la] eficiencia de la asignación, se refiere a la satisfacción de las preferencias individuales. Decimos que una situación particular es eficiente en el sentido de Pareto o de la asignación si es imposible cambiarla para que por lo menos una persona mejore su situación (según su propia estimación) sin empeorar la situación de otra persona (según su propia estimación).⁴¹

En relación con el derecho, un instrumento jurídico *P* es eficiente en el sentido de Pareto si no es posible elegir o aplicar otro instrumento jurídico en virtud del cual por lo menos una persona mejore su situación sin que el resto empeore. Ahora bien, siguiendo con este criterio, es importante distinguir entre la optimalidad de Pareto (como también se le llama a la eficiencia de Pareto) y la superioridad de Pareto. Como lo explica Roemer:

... *P* es superior en términos de Pareto a *Q* si nadie prefiere *Q* a *P*, y si por lo menos una persona prefiere *P* a *Q*. Un estado de cosas es óptimo en términos de Pareto si ningún otro estado es superior a él en términos de Pareto; es decir, si cualquier alejamiento con respecto a ese estado de cosas hace que por lo menos un individuo empeore.⁴²

⁴⁰ Vilfredo Pareto fue quien construyó la estructura de la *eficiencia de Pareto*.

⁴¹ Cooter, R. D. y Ulen, T., *Law & Economics*, cit., pp. 30 y 31.

⁴² Roemer, A., *Introducción al...*, cit., p. 27.

De acuerdo con esta cita, el instrumento jurídico P actualiza la eficiencia de Pareto si su cambio implica que, como mínimo, una persona empeore.

B. *El análisis económico normativo del derecho y la eficiencia Kaldor-Hicks*

Ahora bien, el análisis económico normativo del derecho también utiliza el criterio de eficiencia de Kaldor-Hicks⁴³ para postular qué instrumento jurídico debe ser preferido sobre otro. Roemer establece que: “Un estado de cosas P es eficiente en términos de Kaldor-Hicks a otro estado, Q , si después de moverse de Q a P , los ganadores pueden compensar a los perdedores”.⁴⁴ Conforme a la idea anterior, el criterio de eficiencia Kaldor-Hicks se caracteriza por incluir una variable que el criterio de eficiencia de Pareto no toma en cuenta. Esta variable es la *compensación potencial* en un cambio de estado o situación.

En contraste con el criterio de eficiencia de Pareto, el de Kaldor-Hicks incluye la posibilidad de que en el cambio de Q a P haya perdedores, sólo que los beneficios que perciben los ganadores *podrían*⁴⁵ compensar los costos que enfrentan los perdedores (compensación potencial).

Cooter se refiere a este criterio como “de Pareto potencial” y lo explica en términos de costo-beneficio de la siguiente forma:

Un análisis recomienda cambios en los cuales la suma de los beneficios exceda a la suma de los costos. Siempre que los beneficios sean mayores que los costos hay un superávit que, con una redistribución adecuada, podría mejorar a algunos sin empeorar a otros. De esta manera, el criterio elegido en el análisis costo-beneficio es de hecho el criterio de Pareto potencial.⁴⁶

En el derecho, la idea anterior se ejemplifica, entre otros supuestos, cuando se actualiza un cambio de instrumento jurídico. Por ejemplo, si en un sistema jurídico se deroga un instrumento jurídico Q y en su lugar se implementa o aplica otro instrumento jurídico P este último es eficiente en términos de Kaldor-Hicks si: *a)* la suma de los beneficios que experimentan los ganadores es mayor a la suma de los costos que enfrentan los perdedores,

⁴³ La estructura del criterio de eficiencia Kaldor-Hicks la construyeron Nicholas Kaldor y John Richard Hicks. Véase Kaldor, N. y Hicks, J. R., “Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility”, *Economic Journal*, 1939, p. 549.

⁴⁴ Roemer, A., *Introducción al...*, *cit.*, p. 27.

⁴⁵ El criterio de eficiencia Kaldor-Hicks no requiere que, de hecho, se actualice la compensación.

⁴⁶ Cooter, R. D., “The Best Right...”, *cit.*, p.144.

y b) el superávit *puede* ser redistribuido de tal forma que los perdedores sean compensados y los ganadores conserven todavía un excedente.⁴⁷

III. TEORÍAS JURÍDICAS Y MODELOS

1. *Teorías jurídicas explicativas*

Las teorías con propósitos explicativos no se pueden quedar en una mera descripción. Es importante distinguir entre *descripción* y *explicación* como herramientas empleadas en cualquier teoría con propósito explicativo. Una teoría de este tipo “no puede consistir en un mero sumario de hechos observados y debe, además, poder dar cuenta también de hechos no contemplados o desconocidos inicialmente”.⁴⁸ Por un lado, porque la descripción por sí misma no permite alcanzar el propósito explicativo. Por el otro, debido a que se pueden encontrar trabajos normativos y teorías morales con grandes dosis de descripción.

El reporte de datos es el primer paso en la actividad teórica acerca del fenómeno jurídico. El segundo paso es la descripción de lo ocurrido. Esta descripción permite comprender qué significa el hecho.⁴⁹ El tercer paso consiste en hacer manifiesta la comprensión: responder por qué tuvo lugar lo ocurrido, explicar un objeto temático; *i. e.*, explicar aquello que se ha descrito.

De acuerdo con esto, se puede estipular que una *teoría jurídica explicativa* es aquella que dota de significado a prácticas o hechos relacionados con el fenómeno jurídico —*descripción*— y, posteriormente, hace manifiesta la comprensión de un segmento del derecho⁵⁰ o de la totalidad del mismo —*explicación*—.

⁴⁷ Cfr. Cooter, R. D. y Ulen, T., *Law & Economics*, cit., pp. 67 y 68.

⁴⁸ Sucar, G., *Concepciones del...*, cit., p. 144.

⁴⁹ Cfr. Wright, G. H. von, *Explanation and Understanding*, Nueva York, Cornell University Press, 1971; en español: *Explicación y comprensión*, trad. de L. Vega Reñon, Madrid, Alianza, 1980, p. 160.

⁵⁰ Entre los objetos temáticos de las teorías jurídicas explicativas que se enfocan en un segmento del derecho destacan: la adjudicación judicial, la actividad legislativa y el funcionamiento de instituciones jurídicas. Conforme al objetivo de este trabajo, en los siguientes apartados me enfocaré en las teorías jurídicas explicativas que adoptan como objeto de estudio la totalidad del derecho.

2. Modelos interpretativos del fenómeno jurídico

Las teorías generales con propósitos explicativos acerca del derecho suelen denominarse en la bibliografía como *teorías acerca de la naturaleza del derecho*. Este tipo de teorías jurídicas adoptan como objeto de estudio la totalidad del fenómeno jurídico y, conforme a este supuesto, la tarea del teórico consiste en explicar qué es el derecho como fenómeno global. Éstas son generales y valorativamente neutras; además, se refieren a los sistemas jurídicos estatales y dan cuenta del derecho como un objeto temático relacionado con un tipo de conocimiento o saber creado, desarrollado y debatido por juristas. Por otra parte, las teorías acerca de la naturaleza del derecho proveen o adoptan el significado de términos jurídicos —“sanción”, “obligación”, “responsabilidad”, “obligación” y “hecho ilícito”, entre otros— y explican rasgos centrales del derecho, como: positividad, dimensión social, carácter normativo, dimensión institucional, estructura sistemática y conexión con el lenguaje.⁵¹

Es oportuno mencionar que estos rasgos u objetivos teóricos *no* son propiedades esenciales o definitorias de las teorías acerca de la naturaleza del derecho. Algunos de esos objetivos pueden no ser considerados por el teórico que adopta como objeto de explicación el fenómeno jurídico. En este caso, los autores suelen dar cuenta de las razones por las que omiten ciertos rasgos como parte del arsenal explicativo de la teoría jurídica.⁵² En relación con esta idea, es importante precisar que la inclusión o exclusión de los objetivos de las teorías acerca de la naturaleza del derecho tiene que ver con el tipo de explicación que ofrecen.

Las teorías generales con propósitos explicativos acerca del derecho o teorías acerca de la naturaleza del derecho son modelos que *interpretan* el fenómeno jurídico. La diferencia entre un modelo interpretativo *A* y otro *B* está dada por los datos que constituyen el *juicio de relevancia* del modelo, además de las piezas y variables que, relacionadas entre sí, configuran la *estructura* de la representación.

Un modelo es una representación minimalista de un segmento de la realidad.⁵³ Por ejemplo, en las ciencias formales, las fórmulas matemáticas son modelos que representan abstracciones y fenómenos físicos o químicos.

⁵¹ En la presentación de los objetivos teóricos o rasgos de las teorías acerca de la naturaleza del derecho sigo a German Sucar. *Cfr.* Sucar, G., *Concepciones del...*, *cit.*, pp. 149-153.

⁵² *Ibidem*, p. 153.

⁵³ *Cfr.* Guibourg, R. A., *La construcción del pensamiento. Decisiones metodológicas*, Buenos Aires, Colihue Universidad, 2004, p. 57.

En las ciencias sociales, las gráficas se utilizan, entre otras cosas, como modelos para representar aumentos o disminuciones en la producción de bienes y servicios. En el arte, la imagen de una fotografía es un modelo de aquello que el artista ha querido captar con su lente. En el fútbol, el dibujo de una cancha con once puntos distribuidos a lo largo y ancho de ésta es un modelo que representa la estrategia táctica de un equipo.

En cualquier caso, cuando el modelo representa de manera adecuada un segmento de la realidad X , decimos que hemos aprendido en relación con X o que hemos comprendido X .⁵⁴ En este punto, es importante mencionar que la calificación de una representación como adecuada o no depende de la utilidad del modelo. La utilidad tiene relación directa con los objetivos que persigue la representación. En este sentido, si se considera que el modelo no cumple con el objetivo de la representación, se rechaza. Por el contrario, si se acepta que cumple con dicho objetivo, se dice que es una buena representación de la realidad y que con él *comprendemos* el segmento de la realidad al que se refiere.⁵⁵

Todo modelo se compone de tres elementos: juicio de relevancia, estructura y soporte. El *juicio de relevancia* designa el conjunto de características o datos que se consideran relevantes a fin de representar un segmento de la realidad. La *estructura* la integran las piezas y variables que, como elementos relacionados entre sí, conforman el modelo. Por último, el *soporte* no es más que el material en el que se expone la representación.⁵⁶

Los modelos se clasifican, conforme al uso, en modelos descriptivos o modelos especificativos. Los modelos cuya representación trata de corresponder con un segmento de la realidad son modelos *descriptivos*. En relación con este primer tipo, la dirección de ajuste apunta del modelo al segmento de la realidad elegido para la representación. Los modelos cuya representación establece cómo debe de ser un segmento de la realidad son *especificativos*. En relación con este segundo tipo de modelos, la dirección de ajuste apunta de un segmento de la realidad al modelo. Es importante mencionar que si un modelo descriptivo o uno especificativo representa un objeto o hecho con referencia empírica, se dice que el modelo es *interpretable*.⁵⁷

Un ejemplo de modelo descriptivo lo encontramos en la película *Modern Times*. La película es un modelo que representa la Gran Depresión; creado

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 59.

⁵⁶ *Cfr.* Cerdio Herrán, J. A., “Modelos, las revoluciones y teoría jurídica a propósito del libro del profesor Ulises Schmill”, *Isonomía*, núm. 34, 2011, pp. 176 y 177.

⁵⁷ *Cfr.* Scidewitz, E., “What Models Mean”, *IEEE Software*, 5, 20, 2003, p. 27.

por Charles Chaplin y Paulette Goddard, es descriptivo en tanto que la representación trata de corresponder —a través de la historia de un vagabundo y una hermosa joven que no encuentran cabida en la dinámica de una ciudad industrial— con la forma de vida de hombres y mujeres en Estados Unidos en la década de 1930. En este caso, la dirección de ajuste apunta de la película —modelo— al segmento de la realidad elegido para la representación —Gran Depresión—.

Por otra parte, la partitura del *Adagietto* de la Quinta Sinfonía de Gustav Mahler constituye un ejemplo de modelo especificativo; representa las operaciones y parámetros a seguir por el director, las cuerdas y el arpa de una orquesta. En este sentido, la partitura especifica cómo debe ejecutarse el cuarto movimiento de la Quinta Sinfonía de Mahler. Por ejemplo, si Gustavo Dudamel, las cuerdas y el arpa de la Orquesta Juvenil Simón Bolívar ejecutan la partitura, el resultado será el *Adagietto* que Mahler creó inspirado en su esposa Alma Schindler.⁵⁸ En este caso, la dirección de ajuste apunta de un segmento de la realidad al modelo.

Pues bien, las teorías acerca de la naturaleza del derecho son modelos interpretativos del fenómeno jurídico, en tanto que representan este fenómeno conforme a la selección de datos que el teórico califique como relevantes en relación con el propósito explicativo del derecho. Es importante decir que, aunque el objeto de estudio sea el mismo (en este caso el fenómeno jurídico), una teoría general *A* puede calificar ciertos datos como relevantes y que son desechados por otra general *B*. A su vez, *B* puede calificar otros datos como relevantes y que no son tomados en cuenta por *A*. Dicho de otra forma, las teorías acerca de la naturaleza del derecho son modelos interpretativos del fenómeno jurídico con juicios de relevancia distintos.

La estructura de una teoría acerca de la naturaleza del derecho designa el conjunto de piezas y variables que, como elementos relacionados entre sí, constituyen el modelo interpretativo del fenómeno jurídico. Conforme a este supuesto, la estructura de la representación proporcionada por una teoría general *A* es distinta a la dada por otra teoría general *B*, en tanto que utilizan variables y elementos diferentes; o utilizan las mismas variables y elementos, pero se relacionan de forma distinta.

Las teorías acerca de la naturaleza del derecho son modelos interpretativos cuya representación trata de corresponder con el fenómeno jurídico. En este sentido, las teorías generales con propósitos explicativos acerca del

⁵⁸ Véase Lebrecht, N., *Why Mahler? How One Man and Ten Symphonies Changed the World*, Londres, Faber & Faber, 2010, trad. de B. Zitman Roos, *¿Por qué Mahler? Cómo un hombre y diez sinfonías cambiaron el mundo*, Madrid, Alianza, 2011, p. 173.

derecho son modelos descriptivos e interpretables.⁵⁹ La dirección de ajuste apunta del modelo interpretativo al segmento de la realidad seleccionado como objeto de estudio, que es el fenómeno jurídico.⁶⁰

Para dar cuenta de algunos ejemplos de teorías acerca de la naturaleza del derecho como modelos interpretativos del fenómeno jurídico, en primera instancia, expondré las ideas de H. L. A. Hart —*jurisprudencia analítica*—, y después daré cuenta de algunos puntos temáticos en Karl Lewellyn —*realismo jurídico norteamericano*—, autor que interpreta el fenómeno jurídico con un modelo de distintas características a las del autor inglés.

A. Hart y su modelo interpretativo del fenómeno jurídico

Como preámbulo a la reconstrucción del modelo interpretativo del fenómeno jurídico que ofrece Hart, considero idóneo citar el siguiente pasaje

⁵⁹ La caracterización de las teorías acerca de la naturaleza del derecho como modelos interpretativos del fenómeno jurídico no sugiere que el derecho sea una *práctica interpretativa* en el sentido que plantea Ronald Dworkin. Para Dworkin, el derecho se entiende como un proceso de *interpretación constructiva*. La interpretación constructiva consiste en atribuir un propósito a una práctica —en este caso el derecho— con el objetivo de hacer de ella un ejemplo ideal de la categoría a la cual pertenece. *cf.* Dworkin, R., *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985; *id.*, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, p. 52; *id.*, *Justice in Robes*, Cambridge, Harvard University Press, 2006; en español: *La justicia en toga*, trad. de M. Iglesias e I. Ortiz de Urbina; *id.*, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Harvard University Press, 2011.

⁶⁰ El presente artículo está centrado en el análisis de la estructura de las teorías acerca de la naturaleza del derecho. Uno de los rasgos de las teorías de este tipo es que tienen un propósito eminentemente explicativo. No obstante, con base en la regla de uso común de la palabra “teoría” en el campo de la “filosofía del derecho”, considero oportuno señalar que el término también designa el conjunto de estudios que tienen como propósito postular lo que debe ser en el derecho. Las teorías que comparten dicho propósito se conocen como “teorías jurídicas normativas”. Al respecto, la normatividad de una teoría jurídica se entiende de tres formas diferentes; es decir, las teorías jurídicas normativas se caracterizan porque: *a*) postulan lo que debe ser en el derecho en términos valorativos —normatividad valorativa—, *b*) establecen los pasos técnicos para alcanzar un fin en el derecho —normatividad técnica—, o *c*) indican los criterios para que un elemento, hecho o situación jurídica se adecue a un estándar —normatividad estándar— (la distinción de los tres sentidos de normatividad se presenta sobre la base de la clasificación de reglas de Wright, G. H. von, *Norm and Action. A Logical Inquiry*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1963, cap. I. Así, el análisis económico normativo del derecho se relaciona con las teorías *a*) (*cf.* Cooter, R. D., “The Best Right Laws: Value Foundations of the Economic Analysis of Law”, *Notre Dame Law Review*, 1989; en español: “Las mejores leyes correctas: fundamentos axiológicos del análisis económico del derecho”, trad. de H. Garduño, J. Robles y N. Velandía, en Roemer, A. (comp.), *cit.*, especialmente pp. 146 y 147), y *b*) (para un ejemplo en materia de propiedad privada véase Cooter, R. D. y Ulen, T., *Law &... cit.*, cap. IV).

de Vázquez, mismo que da cuenta de los elementos definitorios de la jurisprudencia analítica que emplea el autor inglés, como arquetipo de ciencia jurídica, para elaborar una teoría jurídica general con propósitos explicativos acerca del derecho:

El concepto de derecho de Hart, la noción de textura abierta del lenguaje jurídico, su modelo de positivismo jurídico, así como la particular forma de concebir la separación conceptual entre el derecho y la moral, constituyen el punto a partir del cual podemos intentar reconstruir su concepción de la ciencia jurídica... La atención de Hart se centra en la “práctica social”, esto es, en la forma en que las personas actúan en situaciones *reguladas por el derecho* y el lenguaje de que se valen para referirse a ellas.⁶¹

El juicio de relevancia del modelo interpretativo que ofrece Hart lo constituyen las reglas jurídicas. Para este autor, la primera característica definitoria de las reglas es que la conducta a la que se refieren es general. La segunda es que la desviación respecto de la pauta de conducta que establecen tiene como consecuencia una crítica o presión en favor de la conformidad. La tercera característica es que la crítica o presión tiene su fundamento o justificación en la desviación respecto de la pauta de conducta. Por último, Hart sostiene que las reglas, además de contar con un aspecto externo que consiste en la conducta regular que un individuo puede describir, cuentan con un aspecto interno en virtud del cual por lo menos algunas personas identifican la conducta a la que se refieren como un criterio general de comportamiento.⁶²

La estructura del modelo interpretativo que propone Hart se conforma por dos tipos de reglas: primarias y secundarias. Las *reglas primarias* imponen deberes y obligaciones,⁶³ esto es, prescriben una conducta como prohibida, permitida u obligatoria. Las *reglas secundarias* confieren potestades, ya sean públicas o privadas, en cuanto establecen los criterios de verificación, creación, eliminación y cambio de las reglas primarias.⁶⁴ A su vez hay tres tipos de reglas secundarias: regla de reconocimiento, reglas de cambio y reglas de adjudicación. La *regla de reconocimiento* establece los criterios que cualquier regla ha de cumplir para ser considerada como válida en el sentido de per-

⁶¹ Vázquez, Rodolfo, *Teoría del derecho*, México, Oxford University Press, 2008 (el subrayado es mío).

⁶² Cfr. Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961; en español: *El concepto de derecho*, trad. de Genaro Carrió, 3a. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, pp. 69-71.

⁶³ *Ibidem*, p. 101.

⁶⁴ *Idem*.

tenencia a un sistema jurídico. Las *reglas de cambio* facultan a determinadas personas para crear y eliminar otras reglas. Por último, las *reglas de adjudicación* facultan a un grupo de individuos para que, mediante un procedimiento a seguir, determinen cuándo una regla primaria no ha sido obedecida.⁶⁵

La representación del modelo interpretativo que ofrece Hart trata de corresponder con su objeto de estudio, que es el fenómeno jurídico. En este sentido, el modelo hartiano es descriptivo e interpretable. La dirección de ajuste apunte del modelo al segmento de la realidad elegido para la representación.

B. *El modelo interpretativo del fenómeno jurídico de Lewellyn*

El realismo jurídico estadounidense, como arquetipo de ciencia jurídica, se distingue a partir de dos características: *a)* la renuncia al uso de insumos analíticos propios del derecho para explicar el fenómeno jurídico, y *b)* el rechazo a las construcciones teóricas conforme a la jerarquización de categorías jurídicas.⁶⁶ Como lo señala Vázquez, en la bibliografía es posible encontrar los antecedentes de esta metodología de estudio del derecho en la obra de Oliver W. Holmes,⁶⁷ quien influyó en otros autores representativos de la filosofía del derecho estadounidense, entre ellos Lewellyn. Expone Vázquez:

En su libro *The Common Law* (1881) —probablemente el más renombrado de la filosofía del derecho en Estados Unidos—, Holmes rechaza la idea de que el derecho es un sistema coherente de reglas de conducta, y favorece una visión más pragmática de lo que los jueces hacen y los abogados predicen... Las ideas de Holmes tuvieron un gran impacto en la Escuela del Realismo Jurídico Norteamericano, especialmente en autores como Karl Lewellyn (1893-1962)...⁶⁸

Para explicar las características del modelo interpretativo del fenómeno jurídico que ofrece Llewellyn, tomaré en cuenta tres planteamientos defendidos por él, a saber: *a)* las reglas jurídicas, por sí solas, son insuficientes para explicar el fenómeno jurídico; *b)* para dar cuenta del derecho, es necesario desviar la atención de las reglas jurídicas a la conducta de las personas

⁶⁵ *Ididem*, pp. 116-120.

⁶⁶ Cfr. Sucar, G., *Concepciones del...*, cit., p. 200.

⁶⁷ Vease, Holmes, O. W., "The Path of the Law", *Harvard Law Review*, núm. 10, 1897.

⁶⁸ Vázquez, Rodolfo, *Teoría del...*, cit., p. 142.

encargadas de aplicarlas, y *c*) el objetivo de la ciencia jurídica es establecer la relación entre las reglas de papel y la práctica judicial.⁶⁹

Con base en los planteamientos *a*) y *b*), se puede afirmar que el juicio de relevancia del modelo interpretativo lewellyniano designa la conducta de las personas encargadas de aplicar el derecho. De acuerdo con Lewellyn,⁷⁰ lo referente a *a*) es así porque en la práctica jurídica pueden manifestarse opiniones en contra del contenido de las reglas jurídicas, y en muchas ocasiones las personas tienen que interpretar su sentido; asimismo, porque las reglas jurídicas son interpretadas y utilizadas de formas distintas de acuerdo con las diversas tareas que desempeña un jurista. Con base en lo anterior, el autor realista postula que es necesario desviar la atención de las reglas jurídicas a la conducta de las personas encargadas de aplicarlas.⁷¹

La estructura del modelo que ofrece Lewellyn se identifica con el planteamiento *c*). La estructura de este modelo se configura a partir de la distinción entre *a*) reglas y derechos reales, y *b*) reglas y derechos de papel. Las *reglas y derechos reales* tienen relación directa con la práctica judicial, mientras que las *reglas y derechos de papel* tienen relación directa con el contenido de los códigos penales, civiles y mercantiles, entre otros.⁷² En este sentido, cuando un juez resuelve una controversia de derecho, se pueden actualizar tres supuestos: 1) que el juez no haga caso a la regla aplicable, 2) que el juez haga caso de forma parcial o aparente a la regla aplicable, o 3) que el juez haga caso total a la regla aplicable.⁷³ De acuerdo con lo anterior, Lewellyn arguye que para entender el comportamiento judicial efectivo es necesario analizar la relación entre las reglas de papel y la práctica judicial: determinar cuándo las reglas de papel coinciden con las reglas reales (de forma total, parcial o aparente) y cuándo las reglas de papel no coinciden con las reglas reales.⁷⁴

⁶⁹ Para la exposición de las ideas de Llewellyn he tomado en cuenta la caracterización que ofrece Sucar en relación con el realismo jurídico norteamericano. *Cfr.* Sucar, G., *Conceptos del...*, *cit.*, pp. 201-203.

⁷⁰ *Cfr.* Lewellyn, K. N., "Law and the Social Sciences: Especially Sociology", *Harvard Law Review*, 8, 62, 1949, pp. 1286-1305.

⁷¹ *Cfr.* Lewellyn, K. N., "A Realistic Jurisprudence: The Next Step", *Columbia Law Review*, núm. 30, 1930, pp. 431-465; reimp. *Jurisprudence. Realism in Theory and Practice*, Chicago, University Chicago Press, 1962; en español: "Una teoría del derecho realista: el siguiente paso", trad. de P. Casanovas, en Casanovas, P. y Moreso, J.J. (eds.), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, 1994, p. 257.

⁷² *Ibidem*, p. 262.

⁷³ *Ibidem*, p. 264.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 265.

Dado que el modelo propuesto por este autor trata de corresponder con el fenómeno jurídico como objeto de estudio, se puede afirmar que el modelo es descriptivo e interpretable. En tal caso, la dirección de ajuste apunta del modelo al segmento de la realidad elegido para la representación.

IV. LAS TEORÍAS ACERCA DE LA NATURALEZA DEL DERECHO DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

1. *El modelo interpretativo del comportamiento regulado*

Los estudios del análisis económico del comportamiento regulado dan por hecho el sistema jurídico —la estructura de las reglas jurídicas, procedimientos legales e instituciones jurídicas— y explican cómo las personas físicas y morales que interactúan con éste responden ante las restricciones y beneficios que establece la ley.⁷⁵

El análisis económico del comportamiento regulado sugiere un modelo interpretativo del fenómeno jurídico que representa al derecho como un sistema de restricciones y beneficios. Las características del modelo interpretativo del fenómeno jurídico que propone el análisis económico del comportamiento regulado se pueden reconstruir y analizar con base en el siguiente pasaje de Edmund W. Kitch:

El objeto de estudio se debe concebir como un sistema de restricciones y recompensas que interactúa con los individuos. Un objetivo central en el saber del AED ha sido analizar la interacción entre un sistema de reglas y la conducta de los individuos, con la intención de determinar los efectos de aquél. Esta concepción en la agenda del saber jurídico estuvo en el corazón del realismo legal, pero la economía, con su desarrollada manera de pensar en términos de costos, beneficios y maximización individual del bienestar proveyó un elegante marco adaptable a esta tarea.⁷⁶

De acuerdo con esta consideración, el juicio de relevancia del modelo interpretativo del fenómeno jurídico que sugiere el análisis económico del comportamiento regulado designa un conjunto de reglas jurídicas y la conducta de sus destinatarios. La estructura del modelo interpretativo que proporciona el mencionado análisis se conforma de tres ideas, a saber: a) los

⁷⁵ Cfr. Posner, R. A., “Some Uses...”, *cit.*, p. 72.

⁷⁶ Kitch, E. W., “The Intellectual Foundations of Law and Economics”, *Journal of Legal Education*, vol. 33, núm. 2, junio de 1983, p. 55.

destinatarios de las reglas jurídicas actúan como maximizadores racionales de su bienestar, *b*) las reglas jurídicas establecen precios o beneficios (subsídios o recompensas) para la conducta de las personas, y *c*) los agentes modifican su comportamiento con el propósito de evitar el costo de la ley o para obtener el beneficio de ésta.

Por una parte, la racionalidad económica en la que se inspira este modelo interpretativo sostiene que los destinatarios de las reglas jurídicas son agentes que cuentan con preferencias definidas, completas y transitivas.⁷⁷ Esto significa que los agentes “saben cuáles cosas les gustan y les disgustan, y pueden ordenar las diversas combinaciones de bienes y servicios disponibles de acuerdo a su capacidad para satisfacer sus preferencias”.⁷⁸

Por otra parte, la racionalidad económica en la que se inspira este modelo interpretativo del fenómeno jurídico postula que los destinatarios de las reglas jurídicas cuentan con la capacidad analítica para elegir la mejor opción posible tomando en cuenta sus preferencias y las restricciones establecidas.⁷⁹ Esta elección actualiza el supuesto de maximización del bienestar.⁸⁰

La segunda idea que conforma la estructura del modelo interpretativo del fenómeno jurídico que ofrece el análisis económico del comportamiento regulado estipula que, en el derecho, las restricciones y beneficios que enfrentan las personas físicas y morales están dadas por las sanciones que establecen las reglas jurídicas.

El análisis económico del derecho utiliza la teoría de precios para caracterizar el contenido de las sanciones que traen aparejadas las conductas que se prescriben como prohibidas, permitidas u obligatorias. Conforme a este planteamiento se manifiestan Cooter y Ulen en el siguiente pasaje:

Para los economistas, las sanciones son como los precios y, supuestamente, los individuos responden a estas sanciones de una manera muy similar a como responden ante los precios. Los individuos responden a una elevación de los precios consumiendo menos del bien más caro, de modo que, supuestamente, los individuos responden ante las sanciones legales más severas realizando menos de la actividad sancionada.⁸¹

⁷⁷ Cfr. Kornhauser, L. A., *The New...*, *cit.*, p. 21.

⁷⁸ Cooter, R. D. y Ulen, T., *Law &...*, *cit.*, pp. 35 y 36.

⁷⁹ Cfr. Kornhauser, L. A., *The New...*, *cit.*, p. 21.

⁸⁰ Cfr. Cooter, R. D. y Ulen, T., *Law &...*, *cit.*, p. 29.

⁸¹ *Ibidem*, p. 16.

Las reglas jurídicas crean precios y beneficios implícitos para las conductas de sus destinatarios.⁸² Los precios y beneficios implícitos creados por las reglas jurídicas son las sanciones que los agentes enfrentan como restricciones y recompensas (en algunos casos subsidios). Por ejemplo, las restricciones se traducen en un castigo esperado. Para los destinatarios de las reglas jurídicas, el castigo esperado es un costo esperado. El costo esperado por realizar una conducta depende de dos variables: 1) la magnitud del castigo y 2) la probabilidad de que se ejecute el mismo. En este sentido, el costo esperado por realizar una conducta es el producto de multiplicar la magnitud del castigo por la probabilidad de que se ejecute éste.⁸³

La tercera idea que integra la estructura del modelo interpretativo del fenómeno jurídico que ofrece el análisis económico del comportamiento regulado postula que los destinatarios de las reglas jurídicas modifican su comportamiento con el propósito de evitar el costo u obtener el beneficio de la ley.⁸⁴ En este punto, la explicación que se ofrece de la conducta de los agentes adopta una forma teleológica que puede presentarse como la inversa del siguiente silogismo práctico:

- 1) Los destinatarios de las reglas jurídicas (*A*) procuran como fin evitar los costos u obtener los beneficios de las leyes (*s*).
- 2) Los destinatarios de las reglas jurídicas (*A*) consideran que, de no realizar las conductas prescritas (*c*), no evitarán los costos, o no obtendrán los beneficios, de las leyes (*s*).

Conclusión: Los destinatarios de las reglas jurídicas (*A*) realizan las conductas prescritas (*c*).

Si se adopta como *explicandum* la conclusión del silogismo práctico anterior y se pregunta “¿por qué los destinatarios de las reglas jurídicas (*A*) realizan la conductas prescritas (*c*) por las reglas jurídicas?”, esta tercera idea (como variable de la estructura) propondría una respuesta en la forma del enunciado: “Los destinatarios de las reglas jurídicas (*A*) realizan las conductas prescritas (*c*) con el propósito de evitar los costos u obtener los beneficios de las leyes (*s*)”.⁸⁵ En otras palabras, los destinatarios de las reglas jurídicas

⁸² Cfr. Posner, R. A., “The Law...”, *cit.*, p. 227; también Roemer, A., *Introducción al...*, *cit.*, p. 14.

⁸³ Cfr. Cooter, R. D. y Ulen, T., *Law &...*, *cit.*, p. 18.

⁸⁴ Cfr. Kitch, E. W., “The Intellectual Foundations of Law and Economics”, *cit.*, p. 56.

⁸⁵ En la caracterización de las explicaciones teleológicas sigo a von Wright. Cfr. Wright, G. H. von, *Explanation and Understanding*, Nueva York, Cornell University Press, 1971, trad. de L. Vega Reñón, *Explicación y comprensión*, Madrid, Alianza, 1980, p. 111.

cumplen con las conductas prescritas para evitar los costos u obtener los beneficios de las leyes.

El análisis económico del comportamiento regulado ofrece, entonces, un modelo interpretativo del fenómeno jurídico que representa al derecho como un sistema de reglas jurídicas que establecen restricciones y beneficios dirigidos a sus destinatarios. En este caso, la representación trata de corresponder con el derecho como objeto de estudio; por tanto, se puede afirmar que este modelo es descriptivo e interpretable. La dirección de ajuste apunta del modelo al fenómeno jurídico.

2. *El modelo interpretativo del comportamiento regulatorio*

Los estudios del análisis económico positivo del comportamiento regulatorio se han inclinado a afirmar que la estructura del derecho favorece la eficiencia. Las explicaciones que se han presentado en la bibliografía incluyen argumentos diferentes, mismos que se pueden agrupar en dos paradigmas: *a)* paradigma de la sabiduría de los jueces y, *b)* paradigma del litigio selectivo.

Por un lado, en el *paradigma de la sabiduría de los jueces* se agrupan los autores que afirman que la eficiencia de la estructura del derecho es producto de la conducta judicial.⁸⁶ Ellos arguyen que los jueces responden a la eficiencia en las disputas jurídicas. En este sentido, la tesis que sostienen es la siguiente: los jueces buscan soluciones eficientes cuando resuelven las controversias de derecho.⁸⁷

De otro lado, en el *paradigma del litigio selectivo* se encuentran los autores que afirman que la eficiencia de la estructura del derecho es consecuencia de un proceso evolutivo en el que las reglas jurídicas ineficientes se derogan en los tribunales, y las reglas eficientes se mantienen en el sistema legal.⁸⁸ Así, los autores de este paradigma plantean dos tesis, a saber: 1) las reglas

⁸⁶ En la bibliografía se reconoce a Posner como el principal exponente del paradigma de la sabiduría de los jueces. Este autor ha sostenido en varios trabajos que los jueces prefieren resultados eficientes cuando resuelven las controversias jurídicas. Al respecto, véase Posner, R. A., *Economic Analysis...*, *cit.*, pp. 321-327; *id.*, “The Law and...”, *cit.*, pp. 227-230.

⁸⁷ *Cfr.* Roemer, A., *Introducción al...*, *cit.*, p. 36.

⁸⁸ Como representantes del paradigma del litigio selectivo se pueden nombrar a Paul H. Rubin y George L. Priest. Véase Rubin, P. H., “Why is Common Law Efficient?”, *The Journal of Legal Studies*, 51, 6, 1987, trad. de E. Domínguez, M. Pérez y A. Zayat, “¿Por qué es eficiente el derecho consuetudinario?”, en Roemer, A. (comp.), 2000; Priest, G. L., “The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules”, *The Journal of Legal Studies*, 1, 6, 1977, trad. de M. del Razo *et al.*, “El proceso en el derecho consuetudinario y la elección de

jurídicas ineficientes son cuestionadas en los tribunales con mayor frecuencia que las reglas jurídicas eficientes, y 2) en comparación con quienes se benefician con reglas jurídicas ineficientes, las partes que se benefician con reglas jurídicas eficientes invierten más en los litigios.⁸⁹

Con el propósito de reconstruir y caracterizar el modelo interpretativo del fenómeno jurídico que ofrece el análisis económico positivo del comportamiento regulatorio, en este trabajo utilizaré como insumos las dos tesis planteadas en el paradigma del litigio selectivo.

Uno de los autores más representativos en el paradigma del litigio selectivo es Paul Rubin. Para él, la explicación que ofrecen los autores interesados en el tema, y que vinculan la eficiencia de la estructura del derecho con la sabiduría de los jueces, ha quedado a deber. Así lo hace notar, por ejemplo, en relación con Posner, de quien afirma que “argumenta de manera persuasiva que el derecho consuetudinario se puede entender mejor como un intento de lograr la eficiencia económica, pero es menos persuasivo en su explicación de por qué ocurre así”.⁹⁰

Rubin advierte que, para demostrar la eficiencia de la estructura del derecho, es necesario analizar las posibles relaciones entre el comportamiento de los litigantes en una controversia jurídica y la eficiencia de las reglas jurídicas.⁹¹ En este sentido, el juicio de relevancia del modelo interpretativo del fenómeno jurídico que propone el análisis económico positivo del comportamiento regulatorio designa un conjunto de reglas jurídicas y la conducta de las partes cuando se actualiza una controversia de derecho. Por un lado, las reglas son eficientes o ineficientes. De otro, las personas litigan o se abstienen de acudir a los tribunales.

Rubin expone que es indispensable analizar tres contextos diferentes, a saber: *a)* el supuesto en el que ninguna de las partes tenga interés en que el caso se actualice como precedente, *b)* el supuesto en el que sólo una de las partes tenga interés en que el caso se actualice como precedente, y *c)* el supuesto en el que las dos partes tengan interés en que el caso se actualice como precedente.⁹² Estos tres supuestos son las variables que conforman la estructura del modelo interpretativo del fenómeno jurídico que ofrece el análisis económico positivo del comportamiento regulatorio.

normas jurídicas eficientes”, en Roemer, A. (comp.), *Derecho y economía: una revisión a la literatura*, cit.

⁸⁹ Cfr. Roemer, A., *Introducción al...*, cit., p. 36.

⁹⁰ Rubin, P. H., “Why is...”, cit., p. 332.

⁹¹ *Idem*.

⁹² *Ibidem*, p. 334.

En relación con el contexto *a)*, cuando ninguna de las partes tiene interés en que el caso se actualice como precedente,⁹³ la regla aplicable será la vigente con independencia de su eficiencia o ineficiencia. En este caso, ninguna de las partes tiene incentivos para acudir a los tribunales y ejercer presión con el propósito de modificar la legislación. En consecuencia, en el contexto *c)* el derecho no tiende a la eficiencia.⁹⁴

Respecto al contexto *b)*, si sólo una de la partes tiene interés en que el caso se actualice como precedente,⁹⁵ la regla jurídica aplicable evolucionará hasta el punto de favorecer a la parte interesada en litigios futuros, sea o no eficiente la solución. En este supuesto, sólo la parte interesada en el caso como precedente tiene un incentivo para acudir a los tribunales y no la parte que carece de interés en controversias jurídicas futuras. Por tanto, en el contexto *b)* el derecho no tiende a la eficiencia.⁹⁶

En relación con el contexto *c)*, cuando las dos partes tienen interés en que el caso se actualice como precedente,⁹⁷ se pueden presentar dos situaciones: 1) que la regla jurídica aplicable sea ineficiente, o 2) que la regla jurídica aplicable sea eficiente. Si se actualiza la situación 1), la ineficiencia de la regla jurídica aplicable es un incentivo para que las partes acudan a los tribunales y hagan presión hasta que la regla jurídica ineficiente sea cambiada o derogada. Si se actualiza la situación 2), no hay incentivo para que las partes acudan a los tribunales, y entonces la regla eficiente seguirá formando parte del sistema. Por tanto, en el contexto *c)* el derecho tiende a la eficiencia. Las reglas eficientes no se litigan, y las reglas ineficientes se litigan hasta ser derogadas o cambiadas.⁹⁸ En este último supuesto se actualiza la *litigación selectiva*.

Ahora bien, la eficiencia requiere que los derechos se asignen a quienes los valúan más. Los agentes en disputa que así lo hacen gastan una cantidad mayor de recursos en relación con sus contrapartes. En este sentido, las soluciones ineficientes tienen como consecuencia que las partes que se benefi-

⁹³ Cuando ninguna de las partes tiene interés en que el caso se actualice como precedente, es porque prevén que no enfrentarán situaciones similares en el futuro. *Ibidem*, p. 338.

⁹⁴ *Ibidem*, pp. 338 y 339.

⁹⁵ En este contexto, sólo una de las partes prevé que enfrentará situaciones similares en el futuro. *Ibidem*, p. 336.

⁹⁶ *Ibidem*, pp. 336-338.

⁹⁷ Cuando las dos partes tienen interés en que el caso se actualice como precedente es porque prevén que enfrentarán situaciones similares en el futuro, ya sea como acusados o como demandantes. En este contexto, ambas partes se preocupan por el flujo de los costos. *Ibidem*, p. 335.

⁹⁸ *Ibidem*, pp. 335 y 336.

cian con las reglas jurídicas eficientes gasten más en los tribunales. El gasto es extensivo e intensivo. El gasto extensivo equivale a litigios más frecuentes, y el gasto intensivo significa más inversión en la preparación del caso. Así, la litigación contra leyes ineficientes tiende a ser eficaz.⁹⁹

Finalmente, el análisis económico positivo del comportamiento regulatorio ofrece un modelo interpretativo del fenómeno jurídico que representa al derecho como un sistema de reglas jurídicas que tiende a la eficiencia. La representación que ofrece este modelo trata de corresponder con su objeto de estudio, que es el fenómeno jurídico. Por tanto, se puede afirmar que el modelo ofrecido por el análisis económico positivo del comportamiento regulatorio es descriptivo e interpretable.

V. CONCLUSIONES

La metodología de estudio del análisis económico del derecho ha sido relacionada de manera directa con el *realismo jurídico estadounidense*. En el nivel de la *ciencia jurídica*, los autores que conforman esta última corriente de pensamiento se distinguen a partir de dos características, a saber: *a)* la renuncia al uso de insumos analíticos propios del derecho para explicar el fenómeno jurídico, y *b)* el rechazo a las construcciones teóricas en torno a la sistematización de categorías jurídicas.¹⁰⁰ En este sentido, dado que la aplicación de herramientas económicas para examinar las reglas jurídicas, procedimientos legales e instituciones jurídicas es compatible con la tesis sostenida en *a)*, autores como Vázquez,¹⁰¹ Roemer,¹⁰² Kitch¹⁰³ y Brian Leiter¹⁰⁴ han insinuado que el análisis económico del derecho se basa en el programa del realismo jurídico y que, incluso, puede ser considerado una continuación de la agenda de este movimiento.

La caracterización de las teorías acerca de la naturaleza del derecho como modelos interpretativos del fenómeno jurídico permite comparar y

⁹⁹ Cfr. Cooter, R. D. y Ulen, T., *Law & Economics*, cit., pp. 561 y 562.

¹⁰⁰ Cfr. Sucar, G., *Concepciones del...*, cit., p. 200.

¹⁰¹ Cfr. Vázquez, Rodolfo, *Entre la libertad...*, cit., pp. 109 y 110; *id.*, Vázquez, Rodolfo, "Comentarios sobre algunos supuestos filosóficos del análisis económico del derecho", *Isonomía*, núm. 5, 1996, pp. 143-152; también incluido en Roemer (comp.), *Derecho y economía...*, cit., p. 145.

¹⁰² Cfr. Roemer, A., *Introducción al...*, cit., p. 10.

¹⁰³ Cfr. Kitch, E. W., "The Intellectual..." cit., p. 52.

¹⁰⁴ Cfr. Leiter, B., *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Nueva York, Oxford University Press, 2007; en español: *Naturalismo y teoría del derecho*, trad. de G. Battista Ratti, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 35 y 143.

establecer relaciones entre teorías generales. Así, por ejemplo, se puede señalar que el modelo interpretativo propuesto por Lewellyn —exponente significativo del realismo jurídico estadounidense— y los dos modelos contruidos por el análisis económico del derecho cuentan con juicios de relevancia y estructuras diferentes.

En primer lugar, el modelo interpretativo del fenómeno jurídico que ofrece Lewellyn tiene como juicio de relevancia la conducta de las personas facultadas para aplicar el derecho. La estructura del modelo interpretativo la conforman las reglas de papel y las reglas reales como variables que configuran las relaciones posibles entre el contenido de las leyes y la toma de decisiones por parte de las autoridades jurisdiccionales.

En segundo lugar, el modelo interpretativo del análisis económico del *comportamiento regulado* tiene como juicio de relevancia un conjunto de reglas jurídicas y la conducta de sus destinatarios. La estructura de este modelo la conforman tres ideas: *a)* las personas actúan como maximizadores racionales de su bienestar, *b)* las reglas jurídicas establecen precios o beneficios (subsidios o recompensas) dirigidos a sus destinatarios, y *c)* los agentes modifican su conducta con el propósito de evitar el costo u obtener el beneficio de la ley. A su vez, el modelo interpretativo del análisis económico positivo del *comportamiento regulatorio* tiene como juicio de relevancia un conjunto de reglas jurídicas y el comportamiento de las partes cuando se actualiza una disputa jurídica. La estructura de este modelo interpretativo del fenómeno jurídico la conforman tres supuestos: *a)* el caso en que ninguna de las partes tiene interés en litigios futuros, *b)* el caso en que sólo una de las partes tiene interés en litigios futuros, y *c)* el caso en que ambas partes tienen interés en litigios futuros y el derecho tiende a la eficiencia.

El interés que reviste la comparación es mostrar que la sugerencia de que el análisis económico del derecho es una continuación del programa del realismo jurídico estadounidense puede ser una *sobre-simplificación*. La sugerencia es insatisfactoria porque: 1) desde el análisis económico del derecho, existen explicaciones teóricas del fenómeno jurídico con carta de ciudadanía como teorías acerca de la naturaleza del derecho, y 2) no hay una relación directa entre la teoría acerca de la naturaleza del derecho expuesta como variante paradigmática del realismo jurídico estadounidense y las proporcionadas por el análisis económico del derecho. En otras palabras, dicho análisis *no* presupone una teoría acerca de la naturaleza del derecho de corte realista y *tampoco* ofrece alguna teoría acerca de la naturaleza del derecho similar a la construida desde el realismo jurídico estadounidense. La única semejanza que se da entre los modelos interpretativos contrastados es que la representación que ofrecen tiene como propósito hacer manifiesta

la comprensión del derecho. En este caso, la diferencia entre una y otra de las teorías jurídicas mencionadas se da por el juicio de relevancia y la estructura de los modelos interpretativos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BECKER, G. S., *The Economics of Discrimination*, Chicago, University of Chicago Press, 1959.

———, “Crime and Punishment: An Economic Approach”, *Journal of Political Economy*, 3, 76, 1968, trad. de E. Lozano y R. Galván, “Crimen y castigo: un enfoque económico”, en ROEMER, A. (comp.), *Derecho y economía: una revisión a la literatura*, México, Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas-Instituto Tecnológico Autónomo de México-Fondo de Cultura Económica, 2000.

BIX, B., “Conceptual Questions and Jurisprudence”, *Legal Theory*, 1, 1995, trad. de L. Manrique, “Interrogantes conceptuales y teoría del derecho”, 2006.

———, *Teoría del derecho: ambiciones y límites*, Madrid, Marcial Pons, 2006.

BOBBIO, N., “Naturaleza y función de la teoría del derecho”, 1962, en BOBBIO, N., *Contribución a la teoría del derecho*, 3a. ed., México, Cajica, 2006, título original: “Nature et fonction de la philosophie du droit”, *Archives de Philosophie du Droit*, 7, también incluido en versión italiana: “Natura e funzione della filosofia del diritto”, en BOBBIO, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milán, Edizioni di Comunità, 1965; en español: *El problema del positivismo jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, y revisión técnica de Genaro Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1965.

———, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milán, Edizioni di Comunità, 1965; en español: *El problema del positivismo jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, y revisión técnica de Genaro Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1965.

———, *Contribución a la teoría del derecho*, 3a. ed., México, Cajica, 2006.

CALABRESI, G., “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”, *Yale Law Journal*, 4, 70, 1961.

———, *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, Nueva Heaven, Yale University Press, 1970.

CASANOVAS, P. y MORESO, J. J. (eds.), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, 1994.

- CERDIO HERRÁN, J. A., “Modelos, las revoluciones y teoría jurídica a propósito del libro del profesor Ulises Schmill”, *Isonomía*, núm. 34, 2011.
- COASE, R., “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics*, núm. 3, 1960.
- COOTER, R. D., “The Best Right Laws: Value Foundations of the Economic Analysis of Law”, *Notre Dame Law Review*, 1989; en español: “Las mejores leyes correctas: fundamentos axiológicos del análisis económico del derecho”, trad. de H. Garduño, J. Robles y N. Velandia, en ROEMER, A. (comp.), *Derecho y economía: una revisión a la literatura*, México, Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas-Instituto Tecnológico Autónomo de México-Fondo de Cultura Económica, 2000.
- y ULEN, T., *Law & Economics*, 6a. ed., Boston, Pearson Education, 2012, trad. de Eduardo Suárez, *Derecho y economía*, en FRANCO GONZÁLEZ, María Teresa (ed.), 3a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2016.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Derecho y análisis económico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.
- DWORKIN, R., *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.
- , *Law’s Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.
- , *Justice in Robes*, Cambridge, Harvard University Press, 2006; en español: *La justicia en toga*, trad. de M. Iglesias e I. Ortiz de Urbina, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- , *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Harvard University Press, 2011.
- GARCÍA GARCÍA, A. y ZAVALA RUBACH, D., *Derecho y economía*, México-Oxford, 2009.
- GUIBOURG, R. A., *La construcción del pensamiento. Decisiones metodológicas*, Buenos Aires, Colihue Universidad, 2004.
- HART, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961, trad. de G. N. Carrió, *El concepto de derecho*, 3a. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.
- HOLMES, O. W., “The Path of the Law”, *Harvard Law Review*, núm. 10, 1897.
- HOSPERS, J., *An Introduction to Philosophical Analysis*, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1967, trad. de J. C. Armero San José, revisión de N. Miguenz, *Introducción al análisis filosófico*, Madrid, Alianza Universidad, 1980, 2 vols.
- KALDOR, N. y HICKS, J. R., “Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility”, *Economic Journal*, 1939.

- KITCH, E. W., “The Intellectual Foundations of Law and Economics”, *Journal of Legal Education*, vol. 33, núm. 2, junio de 1983; en español: “Los fundamentos intelectuales del análisis económico del derecho”, trad. de H. Garduño, M. A. González y J. Trejo, 2000.
- KORNHAUSER, L. A., *The New Economic Analysis of Law: Legal Rules as Incentives*, en MERCURO, N. (ed.), 1989, trad. de F. Maya y E. Domínguez, “El nuevo análisis económico del derecho: las normas jurídicas como incentivos”, en ROEMER, A. (comp.), *Derecho y economía: una revisión a la literatura*, México, Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas-Instituto Tecnológico Autónomo de México-Fondo de Cultura Económica, 2000.
- , “The Economic Analysis of Law”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2016, por publicarse en Internet <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/legal-econanalysis/>
- LEBRECHT, N., *Why Mahler? How One Man and Ten Symphonies Changed the World*, Londres, Faber & Faber, 2010, trad. de B. Zitman Roos, *¿Por qué Mahler? Cómo un hombre y diez sinfonías cambiaron el mundo*, Madrid, Alianza, 2011.
- LEITER, B., *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Nueva York, Oxford University Press, 2007; en español: *Naturalismo y teoría del derecho*, trad. de G. Battista Ratti, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- LEWELLYN, K. N., “A Realistic Jurisprudence: The Next Step”, *Columbia Law Review*, núm. 30, 1930, reimp. *Jurisprudence. Realism in Theory and Practice*, Chicago, University Chicago Press, 1962; en español: “Una teoría del derecho realista: el siguiente paso”, en CASANOVAS, P. y MORESO, J. J. (eds.), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, trad. de P. Casanovas, Barcelona, Crítica, 1994.
- , “Law and the Social Sciences: Especially Sociology”, *Harvard Law Review*, 8, 62, 1949.
- MERCURO, N. (comp.), *Law and Economics*, Norwell, Kluwer Academic Publishers, 1989.
- POSNER, R. A., *Economic Analysis of Law*, Boston, Little Brown, 1973.
- , “Utilitarianism, Economics, and Legal Theory”, *The Journal of Legal Studies*, 1, 8, 1979a, trad. de E. Chávez, “Utilitarismo: economía y teoría jurídica”, en ROEMER, A. (comp.), *Derecho y economía: una revisión a la literatura*, México, Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas-Instituto Tecnológico Autónomo de México-Fondo de Cultura Económica, 2000.

- , “Some Uses and Abuses of Economics in Law”, *The University of Chicago Law Review*, 2, 4, 1979b, trad. de M. Vargas y M. Macías, “Usos y abusos de la teoría económica en el derecho”, en ROEMER, A. (comp.), *Derecho y economía: una revisión a la literatura*, México, Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas-Instituto Tecnológico Autónomo de México-Fondo de Cultura Económica, 2000.
- , “The Law and Economics Movement”, *American Economic Review, Papers and Proceedings*, 2, 77, 1987, trad. de F. Maya y J. Coarasa, “El movimiento del análisis económico del derecho”, en ROEMER, A. (comp.), *Derecho y economía: una revisión a la literatura*, México, Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas-Instituto Tecnológico Autónomo de México-Fondo de Cultura Económica, 2000.
- PRIEST, G. L., “The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules”, *The Journal of Legal Studies*, 1, 6, 1977, trad. de M. del Razo *et al.*, “El proceso en el derecho consuetudinario y la elección de normas jurídicas eficientes”, en ROEMER, A. (comp.), *Derecho y economía: una revisión a la literatura*, México, Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas-Instituto Tecnológico Autónomo de México-Fondo de Cultura Económica, 2000.
- ROEMER, A., *Introducción al análisis económico del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- , “Réplica a los comentarios de Rodolfo Vázquez”, *Isonomía*, núm. 5, 1996.
- (comp.), *Derecho y economía: una revisión a la literatura*, México, Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas-Instituto Tecnológico Autónomo de México-Fondo de Cultura Económica, 2000.
- ROWLEY, C. K., “Public Choice and the Economic Analysis of Law”, en MERCURO, N. (comp.), *Law and Economics*, Norwell, Kluwer Academic Publishers, 1989.
- RUBIN, P. H., “Why is Common Law Efficient?”, *The Journal of Legal Studies*, 51, 6, 1987; en español: “¿Por qué es eficiente el derecho consuetudinario?”, trad. de E. Domínguez, M. Pérez, y A. Zayat, en ROEMER, A. (comp.), *Derecho y economía: una revisión a la literatura*, México, Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas-Instituto Tecnológico Autónomo de México-Fondo de Cultura Económica, 2000.
- SEIDEWITZ, E., “What Models Mean”, *IEEE Software*, 5, 20, 2003.
- SUCAR, G., *Concepciones del derecho y de la verdad jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

- SHAUER, Frederick, *The Force of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2015.
- SUNSTEIN, C. R., “Behavioral Analysis of Law”, *University of Chicago Law Review*, 4, 64, 1997.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, “Comentarios sobre algunos supuestos filosóficos del análisis económico del derecho”, *Isonomía*, núm. 5, 1996, también incluido en ROEMER (comp.), *Derecho y economía: una revisión a la literatura*, México, Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas-Instituto Tecnológico Autónomo de México-Fondo de Cultura Económica, 2000.
- , *Teoría del derecho*, México, Oxford University Press, 2008.
- , *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho*, México, Trotta y Colofón, 2010.
- WRIGHT, G. H. VON, *Norm and Action. A Logical Inquiry*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1963.
- , *Explanation and Understanding*, Nueva York, Cornell University Press, 1971; en español: *Explicación y comprensión*, trad. de L. Vega Reñon, Madrid, Alianza, 1980.