

DERECHO DESCENTRALIZADO

Robert D. Cooter*

A medida que la economía crece en complejidad, las restricciones de información y motivación se incrementan en el proceso centralizado de hacer derecho. Comunidades especializadas en negocios desarrollan sus propias normas. El hacer leyes descentralizadas requiere convertir en derecho aquellas normas de la comunidad que pasan una prueba estructural de eficiencia y justicia. Las obligaciones impuestas por estas normas son eficientes en la ausencia de externalidades o no convexidades. No obstante, el nivel de cumplimiento es ineficiente frecuentemente. Este artículo se refiere a temas presentados por el profesor Cooter en la reunión anual de la Asociación de Derecho y Economía de Nueva Zelanda y varias universidades, realizada en junio de 1998.

La revista soviética *Crocodile* publicó una caricatura que se burlaba de una carreta que contenía una uña gigante que era jalada por algunos hombres, al tiempo que un espectador preguntaba ¿cuál es el propósito?, a lo que uno de los hombres respondía: "No sabemos el propósito, pero satisface nuestra cuota de uña para el mes". Esta caricatura ejemplifica la crítica de la ciencia económica a la planeación central, según la cual una economía planeada no genera la información o motivación requerida para la eficiencia económica.¹ Como los trabajadores de la caricatura, la gente y las empresas bajo el régimen socialista carecen del conocimiento y la motivación para producir bienes apreciados por la sociedad.

* Profesor de Derecho, Universidad de California, Berkeley.

Traducción de Vidal Llerenas y Arcelia Martínez.

¹Esta crítica fue desarrollada en los años treinta en el debate entre Lange y Lerner. Véanse Oscar Lange, "On the Economic Theory of Socialism", *4 Review of Economic Studies* 60-66 (1936); Oscar Lange y Fred M. Taylor, *On the Economic Theory of Socialism* (Minneapolis, Minn., U. Minnesota Press, 1938); Abba Lerner *The Economics of Control* (The Macmillan Company, New York, 1944), capítulo 3.

La planeación central es una forma de hacer leyes, así como mercancías. Para implementar un plan central, los burócratas deben tener el poder para asignar recursos. Para poseer este poder, los burócratas en el máximo nivel deben hacer que las órdenes que emitan prevalezcan sobre los derechos de propiedad y los contratos que disfrutaban la gente y las empresas en los bajos niveles. En este sentido, el derecho público desplaza al derecho privado.

Sólo las dictaduras comunistas han practicado la planeación central como un sistema total. No obstante, las democracias algunas veces adoptan procedimientos similares a la planeación central para resolver problemas económicos específicos. Para ilustrar lo anterior, se puede mencionar que cuando el profesor Richard Stewart se apartó de su posición como el más calificado abogado ambientalista en el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, y afirmó que “las leyes ambientales de América se basan en el estilo soviético de la planeación centralizada”,² lo que el quería decir en realidad es que los norteamericanos están tratando de controlar la contaminación a través de un sistema de cuotas impuestas sobre empresas por funcionarios públicos.

2

Dichos procedimientos han sido llamados “regulaciones de comando y control”³. La teoría imperativa del derecho, la cual tiene una larga historia en la filosofía legal, define a la ley como una orden respaldada por una amenaza.⁴ Esta argumentación tradicional descansa en el hecho de que muchas leyes imponen obligaciones y sanciones a su violación. De la misma forma, el paradigma para la legislación centralizada es el decreto, mediante el cual los funcionarios del gobierno formulan la meta del Estado, envolviendo la meta en una regla, y forzando a la gente a conformarse con ésta. La información y la motivación se mueven a través de un solo camino de arriba hacia abajo.

Además de proceder de arriba hacia abajo, la legislación puede proceder de abajo hacia arriba. La legislación descentralizada tiene muchas formas. Una forma de un proceso descentralizado de generar leyes es la promulgación de la costumbre. Por ejemplo, las cortes o tribunales pueden determinar la culpa y responsabilidad en un accidente aplicando las normas

²Agradezco al profesor Don Elliot de la Universidad de Yale por esta cita.

³Stephen Breyer, *Regulation and Its Reform* (Cambridge, Mass, Harvard U.P., 1982); Charles Schultze, *The Public Use of Private Interest* (Washington, D.C., Brookings, 1977).

⁴Alternativamente, esta tradición define una ley como una orden respaldada por un amenaza. Para una revisión de esta tradición, véase a Joseph Raz, *The Concept of a Legal System* (New York, Oxford U.P., 2nd ed., 1980).

de la comunidad en la que ocurre el accidente. Además, las cortes pueden obligar a prácticas consideradas como correctas por el derecho internacional, con el reconocimiento de cuerpos como el UNIDROIT.

Varios académicos han detectado en la historia moderna movimientos del derecho descentralizado al centralizado. Salmond concluye que la costumbre es importante en las etapas tempranas del desarrollo del derecho, pero gradualmente cede su lugar a las leyes cuando "el Estado ha crecido a su máxima capacidad".⁵ En un artículo reciente, Ott y Schafer señalan que el derecho alemán moderno se ha apartado de la costumbre y tiende a basarse cada vez más en las leyes.⁶ Muchos intelectuales creen que el derecho centralizado es inevitable, así como alguna vez creyeron que el socialismo era inevitable.

De hecho, el derecho centralizado, como el socialismo, no es admisible para una sociedad avanzada tecnológicamente. Las fuerzas que revirtieron la tendencia al socialismo y destruyeron la planeación central son también las que determinan el derecho centralizado. Una economía avanzada envuelve la producción de demasiadas mercancías para que alguien pueda administrarlas o regularlas. En la medida en que la economía se desarrolla, la información y los incentivos debilitan el marco de acción de la política pública. Estos hechos sugieren que, a medida que las economías se vuelven más complejas, la eficiencia demanda más legislación descentralizada, no menos.

A. El nuevo derecho mercantil

Una comunidad de gente forma una red social cuyos miembros desarrollan relaciones con cada uno a través de interacciones repetidas. La economía moderna crea muchas comunidades especializadas de negocios. Estas comunidades quizá formen a su alrededor una tecnología como el software de una computadora, un cuerpo de conocimiento como la contabilidad, o un producto particular como las tarjetas de crédito. Donde

⁵John William Salmond, *Jurisprudence* (London, Sweet & Maxwell, 12th ed., 1966). Ver la discusión sobre el asunto en las páginas 66 y 67.

⁶Claus Ott y Hans-Bernd Schafer, "Emergence and Construction of Efficient Rules in the Legal System of German Civil Law (artículo presentado en la reunión de la Asociación Europea de Derecho y Economía, Copenhage, agosto 1991). Al hacer estas notas, ellos están describiendo la historia, no haciendo juicios sobre ésta.

sea que existan comunidades, las normas surgen para coordinar la interacción de la gente. La formalidad de las normas varía de un negocio a otro. Tanto las profesiones auto-reguladas, el derecho y la contabilidad y las redes formales como Visa,⁷ promulgan sus propias reglas. Asociaciones voluntarias, como "The Association Home Appliance Manufacturers" siguen sus propios principios.⁸ Redes informales, como las que fabrican los software de computadoras, han desarrollado ciertos estándares éticos. A todas estas normas de comunidades de negocios denomino "nuevo derecho mercantil".⁹

B. Modelo de adjudicación

El nuevo derecho mercantil surge fuera del aparato estatal para hacer leyes. No obstante, quienes hacen este nuevo derecho se involucran en los asuntos de las comunidades de negocios, cuyos integrantes miran al Estado como la entidad que resuelve sus disputas y hace sus leyes, y por otro lado también se involucran en los asuntos de las comunidades de negocios por medio de quienes buscan regular el bienestar privado y el poder. El análisis económico de las normas sociales pretende desarrollar una teoría que guíe a la respuesta apropiada de quienes hacen las leyes al interior del Estado para estas influencias y obligaciones.

La tradicional importancia del "derecho mercantil", del cual es adaptada la frase el "nuevo derecho mercantil", ofrece un modelo de cómo responden los que realizan las leyes. Los comerciantes medievales de Inglaterra desarrollaron sus propias reglas y en algunos casos sus propios tribunales o cortes. A medida que el sistema legal inglés se fortaleció y unificó, los jueces ingleses fueron asumiendo más jurisdicción sobre disputas entre comerciantes. Los jueces ingleses no conocían suficiente acerca de estos negocios especializados para evaluar reglas alternativas.¹⁰ La historia tradicional señala que, en lugar de imponer reglas, los jueces ingleses trataron de encontrar qué prácticas ya existían entre los comerciantes y luego hacían

⁷La red de pagos Visa está realmente dividida en dos corporaciones con diferentes reglas de operación, una para las transacciones norteamericanas y la otra para las transacciones internacionales.

⁸David Hemenway. *Industrywide Voluntary Producer Standards* (Cambridge, Mass., Ballinger, 1975).

⁹El término siempre ha sido aplicado más restrictivamente a normas de comercio internacional usadas en el arbitraje y la mediación.

¹⁰Wolfgang Fikentscher una vez señaló que "las decisiones de la corte de apelaciones sobre el tráfico en Munich, concernientes a los accidentes de los vehículos mejoraron marcadamente después de que los jueces aprendieron a manejar".

que éstas se cumplieran. Así, los jueces dictaban sus veredictos conforme a las prácticas de los comerciantes, no de acuerdo a determinadas prácticas a las cuales los comerciantes deberían conformarse. Por medio de este proceso, el derecho mercantil fue absorbido positivamente dentro del "common law" inglés. La costumbre de este proceso es el desarrollo del derecho de cuentas y notas en el siglo dieciocho por parte del juez Mansfield.¹¹

Mi propuesta es que los legisladores modernos deben responder al nuevo derecho mercantil como lo hicieron las cortes inglesas respecto al viejo derecho mercantil, pero tomando en cuenta los signos de las economías modernas. Muchos reformadores legales como los utilitaristas ingleses y la escuela exegética de Francia han buscado reemplazar esta "common law" con leyes sistemáticas.¹² La teoría que ha fundamentado estas propuestas de reforma acierta en que la costumbre es regresiva, mientras que las leyes son, o pueden ser, progresivas. H. L. A. Hart señaló que la costumbre no está bajo el control racional de nadie, por lo tanto ésta no puede ser dirigida para servir a los fines de quienes hacen políticas públicas. Las costumbres emergen en cualquier lugar en donde se hagan las leyes. Concluye que la costumbre tiende a ser estática e ineficiente.¹³

Este argumento no es convincente a primera vista. ¿Por qué no argumentar que las costumbres son dinámicas y eficientes debido a que pueden desaparecer sin ser repelidas y pueden cambiar sin ser enmendadas? El razonamiento de Hart sobre la costumbre muestra un entendimiento socialista de los mercados. Los socialistas observan que los precios se elevan en todos los lugares en los que los planes se aplican, y concluyen que los mercados deben ser ineficientes porque los precios no están determinados por la deliberación y el razonamiento. Esta conclusión proviene de la confusión sobre la diferencia entre la racionalidad individual y la eficiencia social. La racionalidad individual generalmente requiere deliberación y planeación, pero la eficiencia social no. La investigación en organización industrial muestra que la eficiencia o ineficiencia de los mercados es normalmente determinada por su

¹¹La teoría tradicional es desarrollada por James Holden en *The History of Negotiable Instruments in English Law* (London, Althone Press, 1955). Holden es criticado en John Baker en "The Law Merchant and the Common Law Before 1700", 38 *Cambridge Law J.* 295 (1979). Una perspectiva revisada, que enfatiza que Mansfield se sumergió en las minucias de la práctica de los negocios para extraer los mejores principios de ésta, se encuentra en Jim Rogers: *The Early History of the Law of Bills and Notes: A Study of the Origins of Anglo-American Commercial Law* (Cambridge UP, forthcoming). Agradezco a Jim Rogers por platicar estos puntos conmigo.

¹²Para una referencia completa vea F. Dely, *International Business Law and Lex Mercatoria* (North-Holland, Amsterdam, 1992).

¹³H. L. A. Hart, *Concept of Law* (Oxford, Clarendon Press, 1961), pp. 89-96.

estructura de incentivos.¹⁴ Del mismo modo, la eficiencia o ineficiencia de la costumbre puede descansar sobre la estructura de incentivos que produce. En el lenguaje de la teoría de juegos, el pago de la matriz frecuentemente determina el equilibrio posible.

Estos hechos sugieren cómo deben responder los legisladores, especialmente las cortes, al nuevo derecho mercantil: 1) los legisladores deberían identificar las actuales normas que han emergido en comunidades especializadas de negocios; 2) los legisladores deberían identificar la estructura de incentivos que producen las normas; y 3) la eficiencia de las estructuras de incentivos debería ser evaluada usando las herramientas analíticas de la economía. Aquellas normas deberían hacerse cumplir por medio de una estructura de incentivos eficiente, como los determinados por las pruebas que aplican los economistas a los juegos. Llamo a este procedimiento el "enfoque estructural" para adjudicar normas sociales.

El enfoque estructural difiere de lo que se ha escrito sobre análisis económico del derecho en dos aspectos. En primer lugar, quienes hacen las leyes creen que el enfoque estructural determina la eficiencia o ineficiencia de una norma, más que medirla directamente. En contraste, mucho del análisis económico del derecho recomienda la evaluación de las reglas legales mediante técnicas costo-beneficio. Por ejemplo, al final de su artículo clásico titulado "El problema del costo social",¹⁵ Ronald Coase señala que los jueces eligen a través de reglas alternativas comparando sus costos y beneficios.¹⁶

En segundo lugar, el enfoque estructural que he desarrollado se aplica a obligaciones, no a regularidades. Para ilustrar la diferencia, veamos el ejemplo de los hombres que se quitan el sombrero cuando entran a una funeraria o a una iglesia.¹⁷ El que un hombre se quite el sombrero porque tiene calor es diferente a que se lo quite para satisfacer una obligación. Una mera

¹⁴Uno de los fundamentos intelectuales del derecho desconfiado americano es la distinción entre la estructura industrial, la conducta de las empresas y el desempeño económico. Ver Joe Bain, *Industrial Organization* (New York, Wiley, 2nd ed., 1968) o a Richard Caves, *American Industry: Structure, Conduct, Performance* (Englewood Cliffs, N.J., Prentice Hall, 3rd ed., 1972). Esta distinción es atacada en el momento en que la teoría de juegos se aplicó a la organización industrial. El término "enfoque estructural" se refiere a la estructura de incentivos en los juegos, no a la competitividad en los mercados.

¹⁵Ronald Coase, "The Problem of Social Cost", 3 *Journal of Law and Economics* 1 (1960).

¹⁶Una excepción al entusiasmo para el análisis costo-beneficio jurídico la representa la postura de Richard Epstein en el sentido de que los jueces no deben tener mucha discreción. Ver "The Rule of Risk/Utility," 48 *Ohio State Law Journal* 469-470 (1987).

¹⁷Del mismo modo que cuando un hombre se pone un sombrero durante una tormenta de nieve o en una sinagoga.

regularidad resulta de una inclinación, no de una obligación. Los modelos económicos rara vez distinguen entre un equilibrio logrado por inclinación o obligación. Sin embargo, la gente responde de manera diferente a los cambios en incentivos, dependiendo de cómo sean motivados, por inclinación o obligación, como lo voy a mostrar.

C. La eficiencia de las normas

Voy a usar el teorema del alineamiento para desarrollar la teoría de la eficiencia de las normas. Muchos juegos tienen equilibrios ineficientes, a los cuales algunas veces se les llama "evolutionary traps".¹⁸ Las normas sociales evolucionan a través de un proceso de discusión, el cual a veces muestra "evolutionary traps". Los "evolutionary traps" ocurren debido a que la mejor estrategia para cada individuo lo beneficia menos de lo que lastima a otros jugadores. De acuerdo al teorema de la alineación, una comunidad no va a desarrollar normas sociales que lastimen a sus miembros. Una vez expuesta, una estrategia que tienda a una "evolutionary trap" será censurada por una comunidad, o tolerada, pero no será propiciada. En otras palabras, un consenso no va a emerger en una comunidad donde sus miembros deban seguir una estrategia que tienda a una "evolutionary trap". En conclusión, la mayoría de las estrategias ineficientes en los juegos no pueden ser apoyadas por las normas sociales. Este hecho da a las comunidades humanas, que tienen moralidad, una ventaja sobre las comunidades animales, que carecen de moralidad.¹⁹

Sin embargo, existen circunstancias especiales en las cuales una comunidad puede desarrollar una norma social que lastime a sus miembros. El proceso descentralizado economiza en lo que respecta a la información haciendo mejoras locales. Un tipo de "evolutionary trap" ocurre cuando un progreso de carácter local representa un retroceso a nivel global. Para ilustrar lo anterior, suponga que algunos alpinistas tratan de ascender a una montaña en medio de la niebla siguiendo la regla "siempre continúa". Si la montaña tiene un único pico, esta regla va a llevarlos a la meta. Si la montaña

¹⁸Ver nota 24.

¹⁹Una discusión interesante sobre qué animales tienen moralidad se encuentra en Jane Goodall's "Order Without Law", *5 J. Social & Biological Structures* 353-360 (1982). Ver también a Frans B.M. de Waal, "The Chimpanzee's Sense of Social Regularity and Its Relation to the Human Sense of Justice", *34 American Behavioral Scientist* 35-349 (1991).

tiene muchos picos falsos, esta regla va a llevar a los alpinistas a un pico local, pero no necesariamente a la cima. En términos técnicos, los logros locales permiten una maximización global sobre una superficie convexa, pero los logros locales sólo permiten alcanzar máximos locales sobre una superficie no convexa.

Un ejemplo histórico muestra el problema que crea la no convexidad para el derecho descentralizado. En un cierto país todos manejan en el mismo lado de una avenida, pero un accidente histórico determinó por qué se maneja del lado izquierdo si estamos hablando de la Gran Bretaña o del lado derecho en la mayoría de otros países. Dada la existencia de una economía mundial, podría ser mejor para la Gran Bretaña manejar por el lado derecho como casi todos los demás países lo hacen. No obstante, manejar por el lado izquierdo de la avenida es un equilibrio estable que no va a cambiar sin una dirección central. Así, grandes no convexidades pueden causar que emerja una norma equivocada.²⁰ Los críticos de la "common law" señalan que, en efecto, ésta es una vasta colección de reglas similares a "manejar por el lado izquierdo".

8

El teorema de la alineación usa la frase "bien público local" para referirse a los beneficios que un actor genera en otros miembros de la comunidad en la cual surge una norma. No obstante, algunas veces las normas de una comunidad afectan a otra comunidad. Una norma de la comunidad tiene efectos positivos o negativos cuando obedecerla concede beneficios o costos a las comunidades vecinas. Las comunidades frecuentemente desarrollan normas que benefician a sus miembros a expensas de los miembros de otras comunidades. Por ejemplo, si un individuo expide un cheque por una cuantiosa suma y luego éste se pierde (accidente o fraude), ¿quién debe asumir la pérdida: el individuo o su banco? Debido a que el cheque perdido es cuantioso, su valor quizá exceda al de la relación futura entre el banco y su cliente. Bajo estas circunstancias, un banco quizá desee que su cliente asuma la pérdida. Previendo estas posibilidades, una asociación de bancos quizá proclame que sus miembros deberían asumir las pérdidas de sus clientes en caso de perder un cheque por una gran suma de dinero. En general, las normas que regulan la responsabilidad quizá externalicen los costos de una comunidad sobre otra.

²⁰Una discusión interesante sobre cómo las comunidades de negocios se involucran en estándares equivocados debido a la falta de información se encuentra en Alan O. Sykes, *Policing Technical Barriers to Trade in Internationally Integrated Goods Markets* (Brookings Institution, forthcoming). Ver sus argumentos sobre las incompatibilidades técnicas. Sykes es optimista en el sentido de que las empresas privadas pueden superar estos problemas a tiempo mediante una asignación estándar voluntaria, sin embargo es pesimista con respecto a que los gobiernos puedan mejorar la situación mediante regulaciones obligatorias.

Otro ejemplo se refiere a las prácticas monopólicas: un *cartel* puede maximizar las ganancias totales de sus miembros cobrando los mismos precios que un monopolista. Si un miembro del *cartel* hace trampa secretamente bajando sus precios, las ganancias del tramposo se van a incrementar en menos que la caída en las ganancias de los otros miembros del *cartel*.²¹ En respuesta a este hecho, un *cartel* quizá desarrolle normas para sancionar a los tramposos. Estas normas van a ayudar a la "comunidad" de los productores en el cartel para maximizar sus ganancias. No obstante, las ganancias de los vendedores son menores que la caída en el excedente del consumidor de los compradores. Estas prácticas monopólicas son ineficientes desde la perspectiva de la sociedad como un todo.

La discriminación racial en los mercados nos da un ejemplo siniestro de un *cartel*; ésta le permite a una comunidad reducir la competencia con respecto a otra, la cual beneficia al grupo dominante a expensas del grupo subordinado. No obstante, cada miembro individual del *cartel* puede ganar si viola la norma que les permite discriminar. Por ejemplo, si el *cartel* racial reserva ciertos trabajos bien pagados para el grupo dominante, un empleador puede ganar si contrata trabajadores calificados del grupo subordinado para que hagan el mismo trabajo por un salario menor. Para detener este tipo de trampa, el *cartel* racial debería castigar a sus miembros que violen sus normas. Como otros *carteles*, los *carteles* raciales buscan atenuar su inestabilidad natural convirtiendo sus normas en derecho.²²

La discusión anterior de la eficiencia de las normas es incompleta en muchos sentidos.²³ Sin embargo, se puede plantear como conclusión tentativa que las estrategias que evolucionan dentro de las normas sociales en una comunidad de negocios libre van a ser eficientes en la ausencia de no convexidades o efectos a otras comunidades. Llamo a este teorema "weak utilitarianism."²⁴

²¹De otro modo el cartel no está asignando el precio que maximiza las ganancias totales de sus miembros.

²²Robert Coater, "Market Affirmative Action", Conference on Richard Epstein's *Forbidden Grounds*, San Diego, Diciembre 1992, a publicarse en *San Diego Law Review*.

²³Una pregunta perpleja es cómo surgen las normas que prescriben la subordinación de un grupo de gente en la comunidad a la que dicho grupo pertenece. Se me ocurre la discriminación sexual. Sospecho que para que una norma discriminatoria surja en una comunidad que incluya a sus víctimas, los injuriadores deben monopolizar la discusión de la cual emerge la norma. Otro tópico omitido es "stranger norms". Muchas normas significativas existen en la sociedad que surge de juegos repetidos en los cuales los jugadores son extraños entre sí. Por ejemplo, manejar sobre una calle requiere interacciones con automovilistas que no conocemos. Un hecho crucial es que conductor quizá sea el culpable o la víctima en un accidente. Aparentemente, la simetría puede general normas sociales eficientes un juego repetido anónimo. Este proceso requiere ser explicado.

D. Un enfoque estructural para adjudicar las normas sociales

10 He desarrollado una teoría de la evolución y eficiencia de las normas sociales. De acuerdo a esta teoría, los negocios especializados normalmente están organizados, por lo que las normas emergen de transacciones repetidas. Estas normas imponen una obligación sobre los miembros de la comunidad para que sigan estrategias que beneficien a otros miembros de la misma. El interés individual de cada uno puede servir para hacer cumplir esta norma por los medios de "ojo por ojo". Sin embargo, los beneficios de hacer cumplir estas normas se difunden por la comunidad, entonces el interés individual no es suficiente para obligar a los miembros de la comunidad a seguir las normas. La tendencia de los individuos a "gorronear" los esfuerzos de otros es parcialmente superada mediante la internalización de las normas, la cual produce que la gente vaya más lejos del interés individual y se ahorren los recursos destinados al cumplimiento forzoso. Sin embargo, los mecanismos informales para hacer cumplir las normas frecuentemente se paralizan en un nivel óptimo de corto plazo, donde el costo marginal de hacer cumplir la norma es igual al beneficio marginal. Para alcanzar un mayor nivel óptimo se requiere implementar sanciones informales con sanciones legales.

Esta teoría sugiere el correcto comportamiento del Estado con respecto a su cliente. Una corte puede beneficiar ciertos negocios y mejorar su eficiencia castigando a quienes violan las normas establecidas. El rol del Estado en un sistema legal descentralizado es elevar normas sociales apropiadas al nivel de leyes. Elevar una norma social al nivel de ley requiere realizar una designación autoritaria de la norma y hacerla cumplir con el poder coercitivo del Estado. "La adjudicación de las normas sociales" describe el proceso por medio del cual se decide cuales normas son elevadas al nivel de ley.

Concibo tres pasos en la adjudicación de las normas del ámbito de los negocios. Primero, quienes hacen las leyes deberían identificar las normas actuales que han aparecido en las comunidades de negocios. Una norma existe en una comunidad cuando existe consenso acerca de lo que los

²⁴El utilitarismo fuerte podría sostener que cada equilibrio eficiente en un juego evoluciona a una norma social.

miembros de la misma deben hacer. Identificar una norma social requiere encontrar evidencia de que la gente la ha internalizado como una obligación, especialmente de que tiene una tendencia clara a castigar a sus violadores. Segundo, los hacedores de leyes deberían identificar la estructura de incentivos que producen las normas. Identificar la estructura de incentivos requiere construir un modelo que caracterice la norma como un equilibrio en un juego, y checar el modelo contra los hechos. Tercero, la eficiencia de la estructura de incentivos debería ser evaluada usando herramientas analíticas de la economía. Cuando la estructura de incentivos es eficiente, la norma social impone una obligación para seguir una estrategia cooperativa que resulta en transacciones repetidas. Además, el conjunto de pagos son convexos y los efectos de la estrategia obligatoria afectan a la comunidad en la cual la norma surge. Aquellas normas de negocios deberían ser respaldadas por el Estado que surge como una estructura eficiente de incentivos.

El enfoque estructural es contradictorio en buena parte con lo escrito en el ámbito del análisis económico del derecho en dos sentidos. Primero, el enfoque estructural se aplica a las obligaciones, no a meras regularidades. En contraste, muchos de los modelos económicos no distinguen el equilibrio sustentado por la obligación del equilibrio sustentado por la inclinación. Segundo, quienes elaboran las leyes siguiendo el enfoque estructural infieren la eficiencia o ineficiencia de una norma, más que medirla directamente. Por el contrario, el análisis económico del derecho recomienda la evaluación de las reglas legales mediante técnicas de costo-beneficio.

11

E. Conclusión

“¿El precio y la cantidad de zapatos es eficiente?” Una respuesta directa a la pregunta anterior puede encontrarse mediante un análisis costo-beneficio de la producción de zapatos. Como sea, los economistas saben que la información necesaria no está al alcance para desarrollar este tipo de análisis.²⁵ Consecuentemente, los economistas tratan de responder a esta pregunta de un modo indirecto, discutiendo la estructura del mercado y la conducta de la empresa. Desafortunadamente, quienes proponen el análisis económico no muestran el mismo respeto para las restricciones de información aplicables al derecho. “¿Una comunidad estándar de precaución

²⁵De hecho, incluso con reguladores poderosos existe dificultad para obtener información confiable de los costos de la industria regulada. Para ejemplificar, la industria eléctrica tiene fuertes incentivos para falsear los costos de la electricidad a su regulador, el cual marca los precios.

es eficiente?" Los teóricos recomiendan típicamente que los jueces respondan a esta pregunta aplicando técnicas costo-beneficio como la "Hand Rule". La aplicación de técnicas costo-beneficio requieren más información acerca de los costos que la que las Cortes poseen usualmente. La especialización económica constantemente amplía el déficit de información para las cortes. Para sobrepasar el déficit, la adjudicación requiere un enfoque estructural. En un enfoque estructural, las Cortes deciden cómo hacer cumplir una norma social, investigando los incentivos para la cual ésta surge, más que tratando de medir costos y beneficios directamente. Un enfoque estructural es más descentralizado porque quienes hacen las leyes deben apoyarse en las instituciones sociales para crear las normas sociales.

El enfoque estructural obliga a pensar en un viejo debate en jurisprudencia acerca de cómo los jueces hacen derecho. Los académicos generalmente aceptan que la corte norteamericana hace derecho bajo la luz de la política pública. La vieja concepción de que los jueces encuentran en la sociedad las leyes ha sido abandonada. La teoría de juegos y normas puede revitalizar la vieja concepción de "common law". De acuerdo a la teoría desarrollada en este ensayo, una corte de "common law" debería encontrar que una norma social es una norma de derecho si ésta evoluciona de una estructura de incentivos apropiada. Una estructura de incentivos apropiada es aquella en la cual los incentivos para guiar la conducta de los individuos es la mejor para alcanzar el bien público (relaciones de largo plazo, convexidad). Las normas sociales que evolucionan de una estructura de incentivos apropiada todavía tienen la autoridad de la comunidad en ellas. Recobrar esta concepción es más urgente en la medida en que se incrementa la complejidad económica

12

Bibliografía

- (1994), "Structural Adjudication and the New Merchant: A Model of Decentralized Law", 14 *International Review of Law and Economics*, 215-231.
- (1994) "Descentralized Law for a Complex Economy: The Structural Approach to Adjudicating the New Law Merchant", 144 *University of Pennsylvania Law Review*, 1643-1696.
- (1996) "The Theory of Market Modernization of Law", 16 *International Review of Law and Economics* 141-172 ; una versión de este artículo fue reimpressa como

DERECHO DESCENTRALIZADO

"Market Modernization of Law: Economic Development Through Decentralized Law", *Economic Dimensions in International Law* (Cambridge University Press, 1997), editada por Jagdeep S. Bhandari y Alan O. Sykes, páginas 275-317; con el comentario de Willima Kovacic, páginas 317-323.

(1997) "The Rule of State Law Versus the Rule-of-Law State: Economic Analysis of the Legal Foundations of Development", *Annual World Bank Conference on Development Economics, 1996* (eds. Michael Bruno and Boris Pleskovic, The World Bank, Washington, D. C., 1997), páginas 191-218. Reimpreso en *The Law and Economics of Development*, editado por E. Buscaglia, W. Ratliff y R. Cooter (Greenwich, Connecticut, and London, England: JAI Press Inc., 1997) páginas 101-148.

(1997), "The Normative Failure Theory of Law", 82 *Cornell Law Review* 947-979.

(1998), "Law From Order: Economic Development and the Jurisprudence of Social Norms", *A Not-so dismal Science: A Broader, Brighter Approach to Economics and Societies* (Oxford University Press, forthcoming 1998), editores J. Mancur Olson y S. Kahkonen.

(1998), "Expressive Law and Economics", 27 *J. Legal Studies* 585-607.