

Diez libros de *Law & Economics* de los dos mil

Pablo Salvador Coderch
Fernando Gómez Pomar

Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

1. Cass R. SUNSTEIN (editor) (2000), *Behavioral Law & Economics*, Cambridge University Press, Cambridge

En los últimos años, los psicólogos (los que tratan de hacer ciencia experimental, no los que se dedican, en el mejor de los casos, a la literatura) han colonizado no sólo los departamentos de economía y de empresa norteamericanos, sino también las facultades de derecho. Los juristas no debieran sorprenderse del desajuste entre la conducta real de los seres humanos y los presupuestos de racionalidad individual en la que hunde sus raíces la teoría económica neoclásica. Muchos abogados viven precisamente de esas discrepancias. De hecho, todos sabemos, si lo pensamos un poco, que probablemente pagamos de más al contratar una tarifa plana en el gimnasio que al hacerlo cada vez que resolvemos ejercitarnos, pues tendemos, irrefrenables, a sobreestimar de largo nuestra frecuencia de visitas.

Sin embargo, acreditar los sesgos cognitivos y de conducta que, de modo reiterado y predecible, aquejan a los seres humanos al tomar decisiones y al actuar en el mundo -en el mundo real o en los mundos de laboratorio preparados por los psicólogos y los economistas experimentales- y aplicar sus hallazgos al diseño y aplicación de normas jurídicas por jurados, jueces, contratantes, litigantes y demás actores jurídicos, requiere más que intuición e introspección. El *Behavioral Law & Economics* no es una simple moda pasajera del siempre hirviente caldero académico norteamericano. Pero no acabará, ni siquiera herirá de gravedad, al análisis del derecho basado esencialmente en presupuestos de racionalidad de conducta e incentivos. El libro editado por Cass SUNSTEIN, aunque sus contribuciones son a veces desiguales en alcance y en rigor experimental, sigue siendo todavía hoy la mejor introducción pensada para juristas.

2. Robert D. COOTER (2000), *The Strategic Constitution*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey

El catedrático de Berkeley empezó la década con una síntesis lograda de cuatro tradiciones culturales: el neocontractualismo de James BUCHANAN y Gordon TULLOCK -pero también de John RAWLS y Robert NOZIK-; el análisis económico del derecho al que él mismo había dedicado gran parte de las décadas anteriores -su *Law and Economics*, coescrito con Thomas ULEN, y publicado en 1988, va ahora por la 5^a edición (2009), Pearson Internacional Edition-; la teoría de la elección pública (*Public Choice*) entroncada en la genialidad de Kenneth ARROW (*Social Choice and Public Values* (1951), de Duncan BLACK, Anthnoy DOWNS o Mancur OLSON; y, finalmente, en la teoría política positiva (*Positive Political Theory*) de John FEREJOHN, Matthew MCCUBBINS, Ken SHEPSCHLE o Bary WEINGAST.

En Estados Unidos, la síntesis de COOTER es parte del paradigma dominante, pero no del mayoritario. En Europa, aún estamos peor, pues no es ni una cosa ni la otra. Una verdadera lástima, pues los estudiantes europeos de derecho y ciencia política tienen perfecto derecho a que

alguien llame su atención sobre el teorema de la imposibilidad que le valiera a Kenneth ARROW el Premio Nobel de Economía de 1972, un premio europeo a fin de cuentas.

3. Steven SHAVELL (2004), *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, Cambridge (MA)-London

La teoría pura del análisis económico del Derecho -que, casi irónicamente refleja en el *Law and Economics* el esplendor y las sombras de la *Reine Rechtslehre* de Hans KELSEN, del formalismo legal (1960)-, expuesta por una de las mentes analíticas más sólidas que se han ocupado de los sistemas jurídicos en las últimas décadas. El lector encontrará aquí la teoría neoclásica de los sectores básicos y tradicionales del *Law & Economics* (propiedad, contratos, daños, crimen, litigación, más el añadido de la relación entre moralidad y Derecho, uno de los temas preferidos por SHAVELL en los últimos años). Nadie ha aportado tantas piezas fundamentales a la construcción de esa teoría estándar como el autor del libro. El desarrollo de los argumentos tiene el rigor y la solidez de una división acorazada. No hay adornos, ni presentaciones gráficas, ni referencias a los casos del derecho vivido. No es un viaje de placer por el análisis económico del Derecho, pero es un trayecto imprescindible, una auténtica pista americana.

4. Thomas J. MICELI (2004; 2nd ed. 2007), *The Economic Approach to Law, Stanford Economic and Finance. An Imprint of Stanford University Press, Stanford, California*

Otra magnífica introducción escrita para un curso de *undergraduate* de derecho y economía, el equivalente a nuestro desmedrado grado bolonio- editada dos veces en media década, constituye una alternativa a *Foundations* de SHAVELL o a *Law and Economics* de COOTER y ULEN, quizás las tres mejores puertas de acceso al análisis económico del derecho. Riguroso, claro y completo.

5. William LANDES / Richard POSNER (2006), *La estructura económica de los Derechos de propiedad intelectual e industrial*, traducción española de Víctor SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Fundación Cultural del Notariado, Madrid (edición original (2004), *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Harvard University Press, Cambridge (MA)-London)

De entrada, una advertencia, que no una crítica: en este libro sobre la propiedad intangible, no han alcanzado LANDES y POSNER su mejor marca anterior como coautores, la clásica exposición del Derecho de daños bajo el prisma de la eficiencia, que escribieron en 1987 -*The Economic Structure of Tort Law*-, pero su nuevo y conseguido esfuerzo bien vale la inclusión de la obra en esta selección.

El análisis económico del Derecho -y acaso la economía como teoría del comportamiento individual y colectivo del ser humano- se resume probablemente en la sencilla idea de que los incentivos son la llave de los misterios. Tal vez no haya otros sectores del sistema jurídico y de la vida social tan necesitados de frío análisis en términos de incentivos como el de la propiedad intelectual, acribillada por argumentos mercenarios procedentes de la sedicente industria cultural, de una parte, y de la industria del *software* y afines, del otro. En ambos casos, defienden sus intereses particulares, no los de la sociedad. LANDES y POSNER analizan en profundidad las reglas y doctrinas del derecho de autor, las patentes y las marcas en dos claves distintas: como instrumentos para incentivar la producción de bienes de información (derechos de autor y patentes; no las marcas, que no sirven para eso); como canales de comunicación entre empresas y consumidores que reducen los costes de búsqueda de estos (las marcas).

6. Donald WITTMAN (2006), *Economic Foundations of Law and Organization*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, Sao Paulo

Un libro para la enseñanza y más apropiado, por tanto, para uso de los profesores que para el aprendizaje de los alumnos noveles en análisis económico del derecho y en teoría de la organización. Su propia brillantez le resta sistematicidad pero no por ello deja de ser absolutamente recomendable: enfocado, como pocos además de SHAVELL, en la perspectiva de la eficiencia económica, WITTMAN no perdona y sus casos de estudio -tanto los reales, como los imaginarios- son objeto de análisis provocadores y chisporroteantes. Los capítulos, luego, sobre teoría de la organización son un bonus para el lector. Poco a poco, pero de forma implacable, los nuevos manuales de análisis económico del derecho desbordan los confines tradicionales de la material.

7. Victor P. GOLDBERG (2006), *Framing Contract Law*, Harvard University Press, Cambridge (MA)-London

Un libro atípico de análisis económico del contrato escrito por un economista que enseña Derecho de contratos en la *Law School* de la Universidad de Columbia, en el *Upper West Side* de Nueva York. Hurga, con amor por el detalle, en muchos de los casos del canon jurisprudencial norteamericano sobre el contrato, los que todo estudiante de primer año de una *Law School* se encuentra el primer día de clase pulcramente encuadrados en tela en su *Casebook on Contract*. No mira el fenómeno contractual, y el Derecho de contratos que lo gobierna, desde la altura olímpica de los modelos matemáticos basados en la racionalidad perfecta de los contratantes, los que la mayoría de los economistas gustan de emplear -con buen provecho, en muchos casos-, sino desde las conductas reales de los contratantes reflejadas en los repertorios jurisprudenciales.

Su propósito no es teorizar, sino entender por qué unos contratantes individuales –los productores de cine que contrataron a Shirley McLaine para interpretar un musical y luego quisieron mandarla a Australia para rodar una del Oeste; o el fabricante de sopas Campbell que contrató la compra a discreción de las zanahorias variedad Chantenay de los hermanos Wentz, a un precio fijo que luego llegó a ser cuatro veces inferior al de mercado– pactaron al contratar y actuaron, luego, como lo hicieron, y, finalmente, por qué los jueces decidieron en uno u otro sentido. La respuesta, como era de esperar, proviene de la teoría económica, pero en este caso de la *Transaction Cost Economics à la COASE o WILLIAMSON*: la minimización del coste de contratar y de crear y aplicar mecanismos de supervisión del comportamiento contractual. Los que tenemos cierta deriva teorizante acaso echamos de menos algo más de elaboración teórica para iniciar la marcha, pero no por ello el libro resulta menos fascinante.

8. A. Mitchell POLINSKY / Steven SHAVELL (editores) (2007), *Handbook of Law and Economics*, North Holland, Amsterdam, 2 volúmenes

El vademécum del *Law & Economics* del comienzo del milenio. Todos los grandes sectores, los tradicionales en el Derecho y en el análisis económico del Derecho (contratos, propiedad, responsabilidad civil, litigación, crimen) y los menos tradicionales (legislación antidiscriminación, derecho laboral, medioambiental o internacional), así como aproximaciones complementarias (*social norms*, economía experimental y Derecho, economía política del Derecho) en menos de dos mil páginas de prosa analítica densa. Como suele ocurrir en una obra colectiva, no todos los capítulos lucen lo mismo, ni son igualmente innovadores: algunos, como el escrito por John J. DONOHUE, sobre la legislación contra la discriminación, constituyen una auténtica referencia; alguno que otro, en cambio, se ahoga en bibliografía, y unos terceros acusan el cansancio de la *Schola*. Casi delatan el final de una época. En todo caso, estamos ante la mejor síntesis de la literatura económica sobre el Derecho publicada en los últimos 30 años. Tampoco hay muchas concesiones a la anécdota ni al buen modo de relatar que los mejores juristas suelen observar. Aunque el libro está escrito pensando en lectores economistas, las matemáticas están reducidas al mínimo indispensable.

9. Ward FARNSWORTH (2007), *The Legal Analyst. A toolkit for Thinking about the Law*, The University of Chicago Press, Chicago and London

Graduado en Chicago y *law clerk* de Richard POSNER y de Anthony KENNEDY, FARNSWORTH, catedrático de la *Boston University School of Law*, ha escrito un libro, cuyo subtítulo da idea cabal de su contenido: la mejor caja de herramientas para el estudiante avispaido de primero de derecho. Ideal para candidatos a cursar una doble licenciatura. Utilísimo para abogados centrados en defender los intereses de sus clientes con buenas razones. Letal para juristas de derecho positivo o para filósofos del derecho que creen en una lógica propia para el análisis del derecho mismo.

Estructurado en cinco partes -incentivos, confianza y cooperación, filosofía del derecho, psicología y cuestiones de prueba-, escrito en un inglés que intenta parecer juvenil, y centrado en derecho norteamericano, las poco menos de trescientas páginas del libro cumplen: es uno de esos libros que casi todos los profesores noveles podrían haber soñado escribir, pero que la mayor parte de los catedráticos veteranos lamentan no haber escrito. Ni sobra ni falta nada. Pasión por la enseñanza.

10. Robert C. ELLICKSON (2008), *The Household. Informal Order Around the Earth*, Princeton University Press, Princeton and Oxford

El retorno a los orígenes etimológicos de la economía como ciencia de la casa, del hogar, contado por uno de los mejores prosistas legales de América -no en vano enseña en Yale- y pionero además del análisis de las normas sociales [*Order Without Law* (1991)]. Éste es un libro singular, que traspasa las fronteras académicas para poder convertirse en el compañero de viaje y de reflexión de cualquier persona culta que se pregunte cómo y por qué los hogares resisten tan bien las presiones, exacciones o amenazas de los poderes públicos y religiosos que, desde hace milenios, pugnan por hacerse con el control de las casas y de sus moradores. Interesará también a quienes, más allá de la vieja familia extendida de nuestros abuelos, se pregunten si acaso la amistad juvenil y postjuvenil de nuestra sociedad urbana es su correlato contemporáneo: ¿hogares de allegados?