

**Recensión a 'Law's Order, What Economics Has to Do with Law
and Why It Matters, de David D. Friedman**

Pablo Salvador Coderch

- **David D. Friedman, *Law's Order, What Economics Has to Do with Law and Why It Matters*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 2000, \$20.97.**

1. POSTner

¿Es posible Posner después de Posner? David Friedman acaba de demostrar que casi lo es: *Law's Order* es probablemente la introducción al análisis económico del derecho más sugestiva de los últimos años. En esto y en otras cosas –como lo correcto de su inglés y lo polémico de algunas de sus tesis-, el libro de Friedman es un brillante sucesor de *Economic Analysis of Law*, Richard Posner, 5th ed., Aspen Publishers, New York, 1998.

Pero ya he escrito que sólo casi. *Law's Order* es más breve que *Economic Analysis of Law*. La obra comienza con una reflexión de unas 100 páginas sobre la teoría (caps. 1 a 9), que para Friedman es, básicamente, teoría de los precios: el autor menciona la teoría de juegos sólo para escribir inmediata e injustamente que, en realidad, no funciona (“game theory ... is ambiguous until you assume away large parts of the problem in the details of how you set it up”, pág. 86). El resto del libro trata de los derechos de propiedad (capítulos 10 y 11), los contratos (cap. 12), la familia (cap.13), el derecho de daños (cap. 14), el penal (cap.15), competencia (cap. 16), un muy breve *excursus* sobre normas sociales (cap. 17: los casos del país sin rey, Islandia, siglos X a mediados del XIII; del derecho penal sin cárceles pero con horca y *transportation*, Gran Bretaña hasta 1830; y el –a lo que se ve- inevitable de los ganaderos del Shasta Valley), de nuevo sobre derecho de daños y derecho penal (cap. 18: uno de los más creativos y abiertos) para acabar con un homenaje al propio Posner (cap. 19: análisis de la conjetura de Landes/Posner sobre la eficiencia del *Common Law*).

2. Entre dos mares

Una particularidad también mayormente positiva de *Law's Order* consiste en que sus candidatos a leerlo pueden casi escoger entre comprar la versión en papel o –si tienen mucha paciencia y bastante tiempo- consultarlo en la red (www.best.com/~ddfr/laws_order/, y no www.best.com/~ddfr/laws_order/; como se empeña en recomendar la página 6 de la edición en papel). Hay que advertir que la edición en soporte papel

requiere de la red, pues el autor ha colgado en ella las citas, los *links* a libros y artículos, los casos, los apéndices matemáticos y –implausiblemente- algunos comentarios adicionales. La obra completa está así a caballo entre dos mundos: el uno necesita del otro.

¿Es esto malo? Quizás más de un cibernauta irredento crea que Friedman se ha quedado entre dos aguas. Es posible, pero los libros virtuales resultan todavía muy poco manejables, el de Friedman está primariamente destinado a la enseñanza del análisis económico del derecho para estudiantes de derecho americanos –es decir, para nuestro equivalente a postgraduados- y, en un aula con gente que interactúa, el libro impreso es todavía mejor herramienta que el ordenador. No por mucho tiempo, supongo. En todo caso, el lector hará bien en consultar los materiales situados en la red.

3. Desprecio de la justicia

Como Posner, Friedman tiende a veces al impropio propalado en perfecto inglés. Quizás la más injuriada de todas las entidades sea una que Friedman considera punto menos que imaginaria, la Justicia: *Law's Order* se propone, escribe, analizar los sistemas legales preguntando qué consecuencias tendrá su aplicación en un mundo en el que individuos racionales adecuen su comportamiento a las reglas ante las que se enfrentan (pág. 4). Entonces, a la objeción de que ello prescinde de la justicia, responde el autor que “justice does not give an adequate account of law, both because it is irrelevant to a surprisingly large number of legal issues and because we have not adequate theory of what makes some rules just and some unjust” (pág. 5). Friedman es consecuente con este punto de partida y su análisis del derecho penal asume que deben medirse con el mismo rasero los costes y beneficios del homicida y de su víctima: si ello produce el efecto de que el homicidio es malo (más socialmente costoso que beneficioso), el resultado es interesante, pero si produce el efecto contrario, lo es acaso más (pág. 230). Esto es económicamente correcto, pero resulta insuficiente para un jurista: lo menos que se puede decir de semejante forma de ver las cosas es que margina el análisis de los procesos de formación y cambios de las preferencias. En el análisis de Friedman, sólo hay gustos más o menos caros. Pero el autor tiene razón en una cosa: la alegación de la anomalía moral que suele esgrimir el jurista es, las más de las veces, una pobre coartada ante la dificultad de abordar un análisis riguroso de las consecuencias reales de tal o cual comportamiento.

4. Coase todavía

En el capítulo 4 Friedman recita el *mantra* del análisis económico del derecho: ¡lo importante son los costes de transacción, *stupid!* La exposición sería redonda si no se viera seguida por un denso capítulo 5: Friedman no ha querido prescindir del todo del *holdout*, de los errores judiciales o de la idea de bien

público; y probablemente este capítulo es útil en el aula (aunque, de nuevo ¿se puede hablar de pasada de *strategic bargain*, pág. 51 y dejar al margen toda la teoría de juegos?). Y es que ambos capítulos dejan entrever algunas de las impresionantes habilidades dialécticas de Friedman el profesor: dando clase, preguntando y arrollando, debe ser por lo menos agudo y penetrante hasta la cruz y su libro es primariamente una herramienta de trabajo para todo un semestre académico. Ahora bien, tratar de usarla en España como introducción a la economía para estudiantes de primero o segundo de derecho sería darse con la cabeza en la pared: hay que saber bastante derecho para extraer todas las potencialidades del libro.

5. *Sobre todo seguros*

Veamos una de ellas: si usted pregunta a un político o a un periodista profesional si debe o no permitirse que los ciudadanos adultos de este país puedan someterse, si lo desean, a pruebas genéticas confidenciales que permitan detectar su propensión a desarrollar tal o cual enfermedad, es muy probable que la respuesta que obtengan sea afirmativa. Pero si, a continuación, les pregunta si las compañías de seguros podrán someter a quienes quieran contratar con ellas un seguro de vida a esas mismas pruebas, creo –me temo que la respuesta será negativa y con énfasis adverbial añadido: “No, en absoluto”. Lástima: quienes tengan la propensión y lo sepan querrán asegurarse; quienes no la tengan y también lo sepan, no se asegurarán jamás. Eso se llama selección adversa, pero las respuestas hipotéticas de nuestros políticos y periodistas son sólo una adversidad: si las generaciones venideras pasan por este libro o por otro semejante, las cosas irán indudablemente mejor. Friedman no lo sabe, pero él también es socrático y no sólo en el método. El capítulo 6, que trata de la asignación de riesgo mediante reglas legales, es uno de los grandes aciertos de su libro.

6. *¿Por qué la tentativa no es impune?*

Una de las aportaciones más fecundas del análisis económico a la reflexión jurídica es su enfoque consecuencialista: ¿qué sucederá en la realidad si aplicamos tal o cual regla de derecho? Pero ello exige un análisis *ex ante* y no *ex post* de las reglas en cuestión: castigar las tentativas de asesinato implica prevenir resultados desagradables por el procedimiento de sancionar comportamientos que incrementan la probabilidad del suceso en cuestión. Lo mismo se puede decir de las multas por exceso de velocidad. El capítulo 7 de *Law's Order* se ocupa de estos temas con llaneza y buen tono; su lector entenderá por qué, por ejemplo, las sanciones *ex post* deben ser más graves que las sanciones *ex ante*, pero tal vez echará de menos una referencia a la tendencia de algunos jueces y de muchos jurados a aplicar reglas de derecho haciendo uso de información únicamente disponible *ex post* (*Hindsight rule*).

7. Por un mercado de expectativas de derecho

Es difícil saber cuánto vale la vida aunque todos adoptamos más precauciones y cuidados cuando afrontamos riesgos crecidos de perderla. Por otro lado, una vieja aporía de la indemnización por daños morales consiste en que las víctimas potenciales no están en principio dispuestas a asegurarse contra su producción o, al menos, no lo están a hacerlo íntegramente -véase Fernando Gómez, ***Daño moral*** (www.indret.com)- pues el descenso de la capacidad de disfrutar de una suma de dinero que experimenta la víctima de daños tales como la parálisis o la muerte de un ser querido es tan grande, que la cantidad de dinero necesaria para compensarlo supera lo que estaría dispuesto a pagar *ex ante*. El daño moral es así un ejemplo claro de lo difícil que resulta en ocasiones prevenir *ex ante* el accidente y compensar *ex post* a su víctima. En el capítulo 9, se abordan estos clásicos temas del derecho de daños con las dos cualidades básicas que caracterizan al autor de la obra comentada:

- Primera, hábil manejo de la lengua: frases como “El problema [del valor de la vida] no es multiplicar por infinito sino dividir por cero” dicen mucho, lo hacen muy bien y gastan muy poco espacio-tiempo.
- Segunda, propuestas de soluciones que apelan a la inteligencia del lector: supuesto que las víctimas potenciales de daños morales no están dispuestas a comprar un seguro, quizás sí lo estarían a *venderlo*. ¿Por qué no permitir que quienes se someten a riesgos muy serios de sufrir daños morales no vendan sus expectativas de derecho a reclamar a empresas especializadas en reclamar por los daños causados si éstos llegan a producirse?

8. Intermezzo: publicidad

No puedo decir lo mismo de las páginas 103 a 111 del libro, un *intermezzo* introductorio al sistema legal estadounidense esperable en un seguidor del mejor Posner, pero también perfectamente prescindible: al parecer, lo primero y principal es que pocas cosas de interés se dijeron sobre el derecho americano antes de 1958, año en el que inició su andadura el *Journal of Law and Economics*, y lo segundo, que el sistema legal en cuestión se reduce al *Common Law*. El lector hará bien en saltar al capítulo 19, en el que se discute la conjetura posneriana sobre la eficiencia del *Common Law* para pasar finalmente al Epílogo del libro, páginas 318-319. En la página 317, la confesión modesta y humana: “La economía no es ni un conjunto de preguntas ni un conjunto de respuestas; es un intento de comprender el comportamiento”. Puesto a ello, confieso mis prejuicios de jurista maduro: cuanto más leo a los economistas, más busco a los psicólogos, pero cuanto más leo a éstos, más añoro a los etólogos. No hay por qué desesperar: sabemos más que hace treinta años, cuando yo todavía estudiaba. Los jóvenes lectores de este libro lo superarán en diez.

9. Propiedad y contratos

El capítulo 10 de *Law's Order* es una descripción estándar de la teoría dominante sobre derechos de propiedad, una buena introducción de recomendable lectura incluso para estudiantes de licenciatura que no estén interesados en el análisis económico del derecho. La única extravagancia del capítulo es una especulación literaria sobre los pobres perros domésticos (págs. 118-119) y el origen de la propiedad privada, cuyo grado de plausibilidad recuerda vagamente al de las conjeturas oníricas sobre la horda primitiva, formuladas en en la Viena de la *Belle Époque*. Y aunque Friedman reconoce sus excesos y nos advierte de ellos (pág. 119), uno no siempre está seguro de haber acertado en reconocer cuándo el autor escribe en serio y cuándo no.

En cualquier caso, la discusión sobre los derechos de propiedad se centra –o se reduce– en el capítulo 11 a los de propiedad intelectual e industrial y lo mejor es siempre un buen ataque: Friedman plantea bien su caso contra la propiedad intelectual –el incremento del número de los lectores de *Law's Order* no aumenta los costes de haberlo escrito– y algo parecido pasa con *InDret*. Siempre provocador, el profesor Friedman reta a sus lectores en cada página.

El capítulo 12 de *Law's Order* trata de los contratos. En un contrato, las partes que lo celebran establecen dos listas: en la primera figuran los comportamientos que deberán realizar o abstenerse de realizar en función de las condiciones que han incluido en la segunda. Las dos listas pueden ser más o menos largas, pero siempre son incompletas, pues –entre otras cosas– contratar es una actividad costosa. Los contratos y el derecho de contratos existen por dos razones fundamentales: primera, permiten pasar de la prestación a la obligación, es decir, de la permuta al crédito (no habría prestamistas si no hubiera modo de exigir el cumplimiento la obligación del prestatario de restituir el capital recibido); segunda, porque permiten pasar de las prestaciones puramente genéricas a las estrictamente personalizadas (que posibilitan el *hold up*: si Balthus se compromete a pintarme un retrato al óleo, pero no hay derecho de contratos si yo cumplo primero, no tengo garantía alguna de obtener el cuadro, pero si Balthus empieza a pintar antes de que yo pague, será él quien quede expuesto a no cobrar).

En principio, la condición necesaria para que se celebre un contrato entre A y B es que A tenga derechos de propiedad sobre un recurso que B podría rentabilizar mejor. Pero Friedman, que no ignora esta intuitiva orientación, prefiere arrancar de la idea de que un contrato es un sistema de asignación de riesgos (págs. 161 y ss.), punto de vista coherente con la importancia que, en *Law's Order* se atribuye al riesgo moral y a la selección adversa, pero que tal vez oscurece un tanto un análisis fundamentalmente correcto. David D. Friedman es, por este orden cronológico, químico, físico, economista y profesor de análisis económico del derecho: en ocasiones, la falta de una educación estrictamente legal hace de *Law's Order* un libro ordenado peculiarmente. El capítulo 12 empieza tratando de la reputación como sistema de asegurar el cumplimiento

de las promesas, sigue con razones a favor y en contra de la libertad contractual, salta entonces a una discusión sobre la amenaza y el rescate –con un *excursus* relativo a las ventajas o inconvenientes asociados a la decisión de extraditar viejos exdictadores como el general Augusto Pinochet (págs. 152-153), para acabar con el tema central de discusión del análisis moderno del derecho de contratos: ¿cómo conseguir que el sistema de incentivos al cumplimiento de la obligación del deudor no provoquen un exceso de confianza en el acreedor?

El capítulo 13, sobre familia, sexo y bebés es una extensión del anterior. A fin de cuentas, el matrimonio y las relaciones paramatrimoniales son contratos de tracto sucesivo sólo que con notables particularidades: asimetría entre las inversiones específicas del matrimonio que realizan hombre y mujer, importante peso de las normas sociales, incremento histórico de los costes de oportunidad de la maternidad y de la crianza de hijos, etc. Sin embargo, el tratamiento de la materia es breve y, de nuevo, anecdóticamente excéntrico: el que Friedman nos cuente en este capítulo sus desventuras en una agencia de acogimiento de gatos donde él y su familia fueron sometidos a un seudoescáner psicológico (págs. 184-185) quizás explique más cosas acerca de su ideología anarcoconservadora que de la economía de la adopción de niños.

En general, los capítulos de *Law's Order* sobre contratos constituyen una herramienta útil para introducirse en su análisis económico, así como en la discusión de los casos más clásicos, pero –como ya he señalado en el apartado 1 de esta reseña, se echa en falta un enfoque realizado desde la teoría de juegos, aunque esta laguna sea más notable en otros capítulos del libro, como el 16, sobre derecho de la competencia.

10. *Ilícitos civiles y penales: indemnizaciones y sanciones*

Los capítulos 14, 15 y 18, sobre derecho de la responsabilidad civil, derecho penal y la relación entre ambos incluyen algunas de las mejores páginas del libro: el análisis unitario del derecho de daños (págs. 197-201), común a negligencia y responsabilidad objetiva, y basado en la idea de que la primera abarca las precauciones observables (la calidad del comportamiento), mientras que la segunda incluye las inobservables (como la cantidad de comportamiento) puede ser discutido (no siempre el nivel de la actividad es observable), pero aporta un argumento más a las tesis de quienes creemos que la idea de deber de precaución es común a negligencia y a responsabilidad objetiva y que, además, aparece redundantemente en tres momentos del análisis doctrinal clásico: en sede de infracción de deber de cuidado, en materia de causalidad y a la hora de definir el daño (véase, en InDret, [Causalidad y responsabilidad](#)).

Parecidamente, todo el contenido del capítulo 15, sobre derecho penal, constituye un intento logrado de analizar el derecho penal teniendo en cuenta los costes de castigar, así como el hecho de que no es razonable incurrir en el

coste de prevenir infracciones cuando el que éstas inflingen es inferior (págs. 226 y ss. e *infra*, págs. 283-284). El que luego, los lectores puedan discrepar de la tesis de Friedman sobre cómputo de todas las satisfacciones obtenidas por el criminal con la comisión del acto por el que se le castiga ya es algo que hemos comentado críticamente al inicio de esta breve recensión y algo similar podría decirse de su post-posneriana propensión a escandalizar al lector políticamente correcto: lo menos que se puede afirmar de su digresión sobre la posible conveniencia o inconveniencia de introducir un mercado de órganos de ejecutados a la pena capital con el objeto de reducir los costes de las ejecuciones (pág. 237) es que, hoy por hoy, Friedman el profesor tal vez no haría un buen juez, pues, a veces al menos, manifiesta indiferencia ante el sentido común. Como señalábamos al principio, carecemos de teorías sobre la dinámica de las preferencias de los individuos en una sociedad dada, pero en ausencia de conocimientos ciertos sobre la materia, es acaso razonable conjeturar que el sentir común nos da un indicador aceptable de los consensos sociales básicos sobre tal o cual idea normativa, es decir, de las preferencias sociales sobre la materia. Si ello es así, el buen Juez es quien al mejor saber añade la prudencia del sentido común.

En cualquier caso, vale la pena leer *Law's Order*, que es probablemente una de las mejores introducciones al análisis económico del derecho que se han escrito, lo está en magnífico inglés, puede complementarse con un buen aparato analítico ofrecido gratis al lector en la red, está al día y, por último, está también lleno de buenas ideas. Incluso aquéllas que el autor se esfuerza y aplica en presentar como *shocking* acaban por resultar únicamente chocantes. Más vale así.