

EL DERECHO Y EL ORDEN DEL MERCADO: UNA CRÍTICA AUSTRÍACA AL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO*

Elisabeth Krecke* *

Para los seguidores del Análisis Económico del Derecho, la eficiencia social es un concepto central y las normas legales se interpretan como los esfuerzos concientes o inconcientes de los jueces para maximizar la riqueza social. En tal sentido, el Análisis Económico posneriano del Derecho sostiene que la búsqueda de la eficiencia económica exige una intervención coercitiva en el mercado cuando aparecen costos de transacción sumamente elevados. El Derecho se presenta aquí como un instrumento alternativo que debe reemplazar al mercado si éste no puede generar un estado social óptimo.

Sin embargo, la Teoría Austríaca del Derecho desarrollada por F.A. Hayek critica los conceptos del Análisis Económico del Derecho convencional. Centra sus cuestionamientos en el criterio de eficiencia sustentado por éste y en el presupuesto de que los jueces son capaces de cotejar adecuadamente los costos y beneficios sociales en un mundo real caracterizado por la incertidumbre y la ignorancia. La autora del presente artículo afirma que el planteamiento austríaco no considera que el objetivo final del Derecho sea la eficiencia. Bajo esta perspectiva la eficiencia que posea un sistema jurídico no será tanto el resultado de un análisis costo-beneficio, sino fundamentalmente la aptitud con que dicho sistema protege los derechos y libertades individuales.

1. INTRODUCCIÓN

El concepto central de Ronald Coase ha consistido en sugerir que en ausencia de costos de transacción y con una asignación de derechos clara, si surge un conflicto, existirán incentivos para que las partes interesadas encuentren por sí mismas o sin intervención de una autoridad central el acuerdo más beneficioso para ambas.¹

* Ponencia presentada en la Conferencia de Académicos Austríacos, Marriott Financial Center, Ciudad de Nueva York, 9-11 de octubre de 1992.

** Maître de Conférence, F. E. A., Université d'Aix-Marseille III.

¹ Ver COASE-1960, pp. 1-44.

Si recibe una interpretación más amplia y subjetivista, la teoría de Coase sobre el costo social parece continuar en la tradición de Adam Smith, en el sentido de que incorpora el famoso concepto de la «mano invisible». Según este concepto, las interacciones privadas entre individuos que persiguen fines contradictorios pueden conducir a un resultado que beneficie a todos, aún si este resultado no fue directamente previsto por ninguno de ellos. Con la inclusión tácita de la intuición de que el mercado es un «orden espontáneo», la teoría de Coase parece coherente con las teorías austríacas sobre los procesos del mercado.

La teoría de Coase subraya asimismo el concepto no menos crucial de que para comprender el Derecho, es necesario comprender la naturaleza de un orden que ha evolucionado dentro de un proceso autogenerado que nadie ha ordenado ni instaurado directamente. Como ha señalado el economista y filósofo F. A. Hayek, si uno no ha comprendido la «mano invisible», la función de las «normas de conducta equitativa» es verdaderamente incomprensible.²

La insistencia implícita de Coase en la complementariedad entre el Derecho y el mercado contribuye de manera esencial a explicar por qué el conocimiento teórico del Derecho puede ser en realidad un tema económico y por qué un análisis económico del Derecho parece ser útil e importante.

Desafortunadamente, el movimiento que se desarrolló a partir de la teoría de Coase, al que generalmente se identifica con la expresión «Análisis Económico del Derecho»³, ha adoptado una lectura bastante incompleta y objetivista de la teoría Coase y, por consiguiente, una visión estática e instrumental del mercado. A partir del marco teórico del equilibrio general, el Análisis Económico de los modelos de Derecho excluye tácitamente la circunstancia de la imperfección del conocimiento humano. Dejando al margen toda dimensión institucional del Derecho, no alcanza a captar la naturaleza genuina del mismo.

Este ensayo subraya ciertas paradojas metodológicas que ponen seriamente en duda la pertinencia de los fundamentos del Análisis Económico neoclásico de los modelos del Derecho. Pretende asimismo resaltar los argumentos que explican por qué las teorías económicas austríacas, que han investigado el concepto del orden del mercado y de los órdenes espontáneos en general, proporcionan los fundamentos

metodológicos apropiados para comprender los fenómenos jurídicos desde una perspectiva económica.

El plan de esta ponencia es el siguiente: La primera parte (dividida en cuatro secciones) presenta un examen crítico de los fundamentos metodológicos del Análisis Económico convencional del Derecho. En efecto, los modelos económicos del Derecho se basan mayormente en el supuesto de la omnisciencia. La segunda parte (cuatro secciones) compara los conceptos del Análisis Económico del Derecho neoclásico con la interpretación institucional austríaca de la teoría jurídica, tal como fue planteada por Hayek. Desde esta perspectiva, el Derecho es entendido como una adaptación a la ignorancia genuina y no como un instrumento para generar la eficiencia social. Los conceptos austríacos con respecto al problema del conocimiento parecen estar mucho más relacionados con la comprensión del vínculo entre las normas legales y el orden del mercado generado por estas normas.

2. DERECHO Y OMNISCENCIA

Basándose en la teoría de Coase, la «corriente principal» del Análisis Económico del Derecho reserva un lugar preponderante a los costos de transacción. Sin embargo, también parece dar mayor prioridad a los aspectos pertinentes a los costos que a los derechos de propiedad. Esto contrasta con el teorema de Coase, que insistía en el hecho de que los derechos de propiedad definidos claramente y protegidos eficazmente constituyen una condición necesaria para un parámetro social óptimo. Dicho de otro modo, la propiedad privada continúa siendo el principio básico y la importancia fundamental de los mercados de derechos de propiedad es un planteamiento importante en la teoría de Coase. Este es el aspecto crucial que es ampliamente subestimado por el Análisis Económico tradicional del Derecho, que se preocupa mucho más del parámetro social óptimo que de los derechos de propiedad privada. Es posible que a esto se deba que la teoría acabe conduciendo a una justificación de las intervenciones coercitivas en el mercado a través de un mecanismo de planificación central.

2.1. El Derecho y el mercado como instrumentos alternativos para generar la eficiencia social.

La eficiencia social es un concepto central tanto de las consideraciones descriptivas como normativas

² Ver HAYEK, 1973.

³ El defensor más conocido de este movimiento sin duda alguna es POSNER-1977. Para un análisis crítico detallado de la teoría vigente de la eficiencia del Derecho, ver en particular las ediciones de *Hofstra Law Review*-1980 y *Journal of Legal Studies*-1980.

de los conceptos del Análisis Económico del Derecho aplicados comúnmente. Las normas legales se interpretan como los esfuerzos conscientes o inconscientes de los jueces para maximizar la riqueza social. Más aún, la «maximización de la riqueza» es planteada como un principio normativo,⁴ como un objetivo ético útil para orientar el razonamiento jurídico y las políticas sociales en general.

Es en este sentido que el mercado desempeña un papel crucial en la corriente principal del Análisis Económico del Derecho. Aún cuando toma como punto de partida el Teorema de Coase según el cual, en ausencia de costos de transacción, las decisiones judiciales no influyen en la asignación óptima de recursos⁵, la teoría abarca un elemento adicional importante.

Los costos de transacción elevados se consideran como barreras a la eficiencia en la asignación de recursos, lo que explica por qué las partes de un conflicto ya no pueden recurrir a la internalización de externalidades.⁶ Cuando no existen mercados, ya no se puede garantizar que se logre un resultado socialmente eficiente. Al llegar a este punto, el Análisis Económico posneriano del Derecho parece coincidir con las conclusiones de la tradición pigouviana de bienestar público que, sin embargo, había rechazado enérgicamente. De hecho, la búsqueda de la eficiencia económica exige una intervención coercitiva en el mercado en el caso de costos de transacción prohibitivamente elevados. El Derecho se presenta como un instrumento alternativo

que debe reemplazar al mercado si éste resulta ser «deficiente» en la generación de lo socialmente óptimo. El Análisis Económico convencional del Derecho asigna una función nueva y precisa a los jueces: la simulación de los resultados que el mercado podría lograr sólo si los costos de transacción no fueran demasiado altos.⁷ En otras palabras, se supone que los tribunales deben actuar como sustitutos del mercado, y como tales, tener el mismo objetivo: fomentar una asignación óptima de recursos en la sociedad.⁸ Cualquiera que sea la distribución de esta asignación, el resultado globalmente eficiente parece ser todo lo que importa para el Análisis Económico convencional del Derecho.⁹

Por ejemplo, en el caso concreto del Derecho relativo a accidentes, el objetivo de eficiencia implica que se minimice el importe total de los costos de prevención de un accidente y los costos previstos del accidente. La eficiencia requiere, por lo tanto, que la responsabilidad recaiga en la parte interesada que podría haber evitado el accidente al menor costo.¹⁰

Por consiguiente, la teoría de la eficiencia presupone que los jueces tratan a las partes de un conflicto como si estuvieran en un contexto de cero costos de transacción. Para atribuir la responsabilidad a la parte que podría evitar el conflicto al menor costo, se supone que los jueces deben imitar el resultado óptimo de un contrato hipotético entre la víctima y el demandado, un contrato que no podría haber existido debido a costos de transacción demasiado altos.

⁴ Y en muchos aspectos diferenciable del utilitarismo tradicional, así como del principio de Pareto. Ver POSNER-1979, pp. 103-140 y POSNER-1980, pp. 487-508.

⁵ Que bajo estas circunstancias se va a lograr de todos modos.

⁶ Por ejemplo, en casos de perjuicio o casos de accidente.

⁷ Dicho de otro modo, los costos de transacción dan al Derecho una razón de ser en el Análisis Económico convencional del Derecho aplicado comúnmente. El criterio de Kaldor-Hicks se usa para justificar el principio de simulación del mercado. Generalmente identificado con la maximización de la riqueza, este principio de compensación se presenta como una norma de atribución de derechos de propiedad que permite a los tribunales sustituir con transacciones «gratuitas» pero «ineficientes». Según el criterio de Kaldor-Hicks, una situación (Y) es eficiente según Kaldor-Hicks con respecto a otra (X), siempre y cuando aquéllos cuyo bienestar aumenta con el desplazamiento de X a Y pudieran compensar totalmente a aquéllos cuyo bienestar disminuye con un aumento neto en el bienestar. Debe agregarse que de conformidad con Kaldor-Hicks, la compensación a los que pierden es sólo «hipotética» y no se paga en realidad. Si la operación de pago no implicara costo alguno y se compensara totalmente a los que pierden, las distribuciones de Kaldor-Hicks se convertirían en distribuciones superiores de Pareto. Ver COLEMAN-1980, p. 513.

⁸ Como se ha mencionado, según Posner, este sería un resultado que «maximiza la riqueza social».

⁹ Si la eficiencia económica constituye el objetivo final del Derecho y los tribunales son llamados a intervenir en las transacciones privadas o a reordenar las instituciones jurídicas para «maximizar la riqueza social», no se puede hacer caso omiso al problema de la justificación ética de estas intervenciones. ¿Por qué debería promoverse o imponerse la eficiencia social? ¿Tiene esto algún mérito moral? ¿Por qué habría de ser este objetivo éticamente preferible a otros objetivos del Derecho tales como la justicia? Como lo ha demostrado R. M. Dworkin, la teoría de la eficiencia del Derecho puede ser incompatible con las teorías de la justicia del Derecho y deja sin respuesta muchas interrogantes éticas importantes. Ver DWORKIN-1980, pp. 191-226.

¹⁰ Ver por ejemplo CALABRESI-1972. Esta perspectiva del Derecho relativo a accidentes difiere de las doctrinas tradicionales basadas en el sentido común del Derecho relativo a daños y perjuicios. En el Análisis Económico del Derecho, la relación de causalidad deja de ser determinante en la atribución de responsabilidad.

Sin embargo, esto no es tarea fácil. Requiere que el juez posea las cualidades de un observador externo omnisciente, capaz de determinar el monto que la víctima habría ofrecido al demandado para estar libre de daño o, por el contrario, el monto que la víctima habría requerido que pague el demandado para sobrellevar el perjuicio.

Pero, ¿cómo puede el juez saber *ex post* el precio *ex ante* que resultaría de un «contrato hipotético», un contrato que por definición no ha sido formalizado entre el demandante y el demandado? ¿Cómo identifica el juez las apreciaciones *ex ante* puramente subjetivas que la víctima podría haber hecho sobre sus pérdidas futuras si hubiera tenido la posibilidad de hacerlo? ¿Cómo evalúa el juez las preferencias personales? ¿Cómo podría calcular los costos y beneficios sociales en ausencia de datos del mercado? ¿Cómo puede prever el resultado en el mercado cuando el mercado no existe?

2.2. El Derecho en un marco de equilibrio general: una incongruencia interna

Lógicamente, el juez, tal como éste es descrito en los modelos económicos convencionales del Derecho relativo a daños y perjuicios, puede obrar exclusivamente en un marco de equilibrio general, un marco definido como un estado de coordinación perfecta entre todos los proyectos individuales y, por lo tanto, mediante un conocimiento perfecto.¹¹

Como se ha mencionado anteriormente, en el Análisis Económico convencional, el Derecho se considera un instrumento de bienestar social cuya misión consiste en convertir una situación subóptima en una socialmente óptima. En un marco de omnisciencia, el «Derecho eficiente», en el sentido de la minimización de costos sociales, puede efectivamente cumplir su función en la asignación de recursos, porque la eficiencia en la asignación se logra instantáneamente si los actores individuales tienen pleno conocimiento de datos tales como el

costo y el beneficio social.¹² Si bien el «Derecho eficiente», en el sentido del Análisis Económico tradicional del Derecho, es posible en un mundo de compatibilidad perfecta entre proyectos, surge la siguiente interrogante: ¿cuál es la razón de ser del Derecho en un marco como éste?

De hecho, si el modelo supone que todo actor individual escoge sistemáticamente el resultado óptimo entre alternativas perfectamente definidas, no da cabida a las faltas, dificultades contractuales, accidentes, delitos y demás, porque todos los podrían prever y evitar.¹³ No da cabida a los problemas que se supone que el Derecho debe resolver. El equilibrio neoclásico es una situación óptima que tácitamente excluye la posibilidad de una situación subóptima. Se caracteriza por la ausencia de fricciones, la coordinación de conflictos y costos no compensados. En un mundo como ése, el Derecho como un instrumento generador de eficiencia no tiene en sentido estricto una función que cumplir.¹⁴ En ese contexto, el Derecho se vuelve banal. La coexistencia del equilibrio general y el Derecho hasta parece ser una contradicción de términos.

Por consiguiente, los modelos económicos del Derecho parecen ser esencialmente de utilidad para el diseño de políticas sociales. Éstos tienen la vocación de determinar el resultado óptimo hipotético de un mercado competitivo que debería aplicarse a la situación subóptima del mundo real. Dicho de otro modo, se supone que el Derecho consuetudinario cumple la misma función en un contexto de costos de transacción positivos que el mercado competitivo ideal en un mundo hipotético de cero costos de transacción.

2.3. Algunos límites del análisis costo-beneficio judicial

Lejos de resolverse mediante esta interpretación de aplicación en las políticas sociales, el problema verdaderamente comienza con el postulado funda-

¹¹ De hecho, el razonamiento neoclásico se refiere a la «optimización» en el sentido de maximizar un objetivo explícito entre alternativas perfectamente definidas. Tácitamente, la maximización implica que los responsables de adoptar decisiones conocen todas las acciones alternativas de sus opciones, así como las consecuencias de estas alternativas. Dicho de otro modo, en el marco neoclásico simple, se supone que los actores económicos son omniscientes. Dentro de un contexto en el que se supone que los actores son capaces de escoger sistemáticamente la solución óptima, no hay mejora posible. Un mundo de omnisciencia es así, en todo momento, un estado de coordinación plena: el mejor de los mundos. Es inevitablemente un mundo de equilibrio.

¹² Los que en este contexto reflejan los valores del equilibrio.

¹³ O si estos problema existieran en el modelo, serían «óptimos». Ver por ejemplo POLINSKY-1980, pp. 362-398. Este modelo determina entre otras variables una «tasa óptima de accidentes» supeditada a los costos de prevención del accidente y los costos previstos del accidente.

¹⁴ En ese caso, ¿qué sentido tendría todavía el problema de la eficiencia del Derecho, que es el tema principal de los conceptos de Análisis Económico del Derecho de aplicación difundida? ¿No resulta ser una tautología en ese marco?

mental de la omnisciencia del responsable de las políticas sociales que supuestamente debe simular los resultados de un mercado ideal en situaciones del mundo real. El problema surge del hecho de que el Derecho se hace necesario sólo en un contexto subóptimo¹⁵, y que en el desequilibrio los precios dejan de ser un reflejo de los valores del equilibrio.¹⁶ En la medida en que se basan mayormente en expectativas erróneas, los precios del desequilibrio bien podrían difundir información incorrecta.¹⁷

Por consiguiente, el desequilibrio hace que un análisis de costo-beneficio correcto sea sumamente problemático. Los economistas de la Escuela Austríaca han demostrado que los costos son magnitudes esencialmente subjetivas, no aditivas y no comparables.¹⁸

Por consiguiente, la noción de costo «social»¹⁹ se vuelve bastante ambigua en ausencia de una compatibilidad perfecta entre proyectos. Como ha señalado Murray Rothbard, el término «social» no tiene un sentido coherente fuera del marco del equilibrio general. La idea de un costo en función de más de un individuo pierde legitimidad. Si los fines individuales son incompatibles,²⁰ los costos no pueden sumarse entre individuos.

Si los costos son de naturaleza esencialmente individual y subjetiva,²¹ ningún observador externo puede llegar jamás a tener una comprensión mínima de sus verdaderos valores. Esto implica que sopesar judicialmente los costos y beneficios sociales correctos deja de ser posible justamente en el contexto donde el Derecho entra en escena. Es precisamente en el desequilibrio que se pueden encontrar los límites del «Derecho eficiente» en el sentido de los conceptos convencionales del Análisis Económico del Derecho.

2.4. La crítica austríaca a la eficiencia social

El equilibrio general y los mercados del mundo real, estrictamente hablando, son incomparables. El equilibrio general es una ficción que no da cabida a la acción humana. Es simplemente una herramienta conceptual o mental que existe en el pensamiento del economista y no un estado de la realidad observada.²² Sin embargo, el mundo real es un mundo de cambio permanente e imprevisible. Se caracteriza por el subjetivismo de las preferencias individuales así como por la dispersión del conocimiento.²³ Éste se define por una complejidad considerable, por una genuina incertidumbre e ignorancia de los hechos y circunstancias particulares y no por la omnisciencia. Para que la teoría tome en cuenta o integre estas características, no puede continuar apoyándose en el supuesto de la optimización. En un contexto de incertidumbre e ignorancia verdaderas, la optimización neoclásica es imposible.

Desde un principio, los economistas austríacos pusieron en tela de juicio el mérito mismo del criterio de eficiencia social implícito en la economía tradicional del bienestar y, por consiguiente, como se ha visto, los conceptos convencionales del Análisis Económico del Derecho.²⁴

Como ha enfatizado I. M. Kirzner, «una vez que se ha reconocido que la información pertinente se encuentra inevitable y definitivamente dispersa entre muchas mentes, es imposible no concluir que la noción de eficiencia social por lo tanto carece de sentido. La eficiencia social debe referirse a la medida en que la asignación de los recursos sociales corresponde a las prioridades implícitas en las urgencias relativas de los objetivos sociales. Pero para que la noción de 'recurso social' tenga sentido y

¹⁵ En un contexto de costos de transacción positivos donde las externalidades, los conflictos en el uso de los recursos asignados, los accidentes, los delitos, las divergencias contractuales, etc., pueden existir.

¹⁶ Ver O'DRISCOLL/RIZZO-1985.

¹⁷ Ver RIZZO-1979a. Ver también THOMSEN-1989, pp. 98-108.

¹⁸ Los costos no son datos determinados sino que deben ser percibidos o descubiertos. Ver THIRLBY-1973. Ver también KIRZNER-1986.

¹⁹ Que es la consecuencia de la elección de un individuo que afecta a otro que no es propiamente el responsable de adoptar la decisión. Ver BUCHANAN-1969.

²⁰ Ver ROTHBARD-1979.

²¹ Y aparecen sólo *ex ante*.

²² Ver MISES-1966.

²³ Tal como destaca F.A. Hayek en un artículo fundamental; HAYEK-1945, pp. 519-530.

²⁴ Ver HAYEK-1945.

para que la noción de 'urgencias relativas de los objetivos sociales' tenga sentido, debe ser posible, al menos en principio, imaginar una mente única a la cual se le despliegue simultáneamente toda la extensión pertinente de recursos sociales y objetivos sociales.»²⁵

Los economistas austríacos niegan precisamente esta posibilidad. I.M. Kirzner explica además que el conocimiento disperso no constituye únicamente una «dificultad práctica que los planificadores tendrían que afrontar; resulta ser un fenómeno (no necesariamente el único) que despoja de sentido al propio concepto de eficiencia social, aún en principio. Elegir presupone un marco integrado de fines y medios; sin dicho marco supuesto, la opción de asignación es prácticamente una noción que carece de toda coherencia.»²⁶

El énfasis austríaco en el subjetivismo y la imperfección y el carácter fragmentario del conocimiento humano ha destruido así en un sentido muy importante los fundamentos básicos de la economía tradicional del bienestar. Por consiguiente, sus conceptos decisivos se aplican también al movimiento convencional de Análisis Económico del Derecho. De hecho, si la información que la «sociedad» necesita para resolver su «problema económico» de asignación óptima de recursos se encuentra dispersa entre una multitud de individuos, la solución de este problema resulta imposible.

Los economistas austríacos hacen hincapié en el hecho de que es imposible que una sola mente llegue alguna vez a centralizar todo el conocimiento necesario para instaurar dicho parámetro social óptimo. La dispersión y la imperfección del conocimiento se presentan como circunstancias del mundo real que ponen seriamente en duda la idea de una legislación eficiente a partir de un cotejo judicial sistemático de los costos y beneficios sociales.

A un nivel más fundamental, estas características son responsables del surgimiento del Derecho en el mundo real. Ellas explican la existencia del Dere-

cho. Mientras que el Derecho que se describe en los modelos formales del Análisis Económico del Derecho no puede existir en el mundo en que vivimos, sino sólo en el mundo imaginario del equilibrio general en el que paradójicamente no es necesario, se puede decir que la razón de la aparición del Derecho tal como lo conocemos (el Derecho privado hecho por jueces) se debe al carácter subóptimo del mundo real.

3. DERECHO E IGNORANCIA

F. A. Hayek ha sido uno de los primeros filósofos jurídicos que interpretó las normas legales como un artificio para hacer frente a nuestra ignorancia fundamental, en otras palabras, como un medio para superar el obstáculo que presenta nuestra ignorancia acerca de la mayoría de los efectos reales de nuestras acciones individuales. Basándose en un marco de equilibrio general, el Análisis Económico convencional del Derecho excluye tácitamente este aspecto crucial que otorga al Derecho un significado inteligible.

Si bien las ideas de Hayek sobre la teoría económica han constituido una objeción decisiva y en muchos aspectos destructiva de toda teoría de la eficiencia social, su interés en el carácter fragmentario del conocimiento y la ignorancia genuina de los hechos y circunstancias particulares ofrece al mismo tiempo la clave para una reinterpretación o reconsideración de la alianza entre el Derecho y la economía, de acuerdo con lo que Kirzner denomina «una línea verdaderamente austríaca, es decir, una manera plenamente coherente con (a) el subjetivismo, (b) el individualismo metodológico y (c) un énfasis en los procesos dinámicos.»²⁷

En su teoría jurídica²⁸, Hayek considera el desarrollo del Derecho como una manifestación de fuerzas espontáneas que tienden a un orden, a una cohesión social entre muchos individuos anónimos.²⁹ En la tradición austríaca, el Derecho, tal como éste se presenta a partir de su ejercicio, es considerado como una «institución social»,³⁰ que debe ser entendido en primera instancia como un producto de la

²⁵ KIRZNER-1988, p. 81.

²⁶ Ibid.

²⁷ Ver KIRZNER-1988, p. 88.

²⁸ Ver en particular HAYEK-1973, así como HAYEK-1976.

²⁹ Esta teoría no describe el Derecho privado como un sistema creado sino como uno que se ha desarrollado como un proceso autogenerado y acumulativo.

³⁰ La noción de «institución orgánica» se atribuye a C. Menger.

adaptación secular a los problemas de cooperación generados por la existencia de un conocimiento humano limitado, impreciso e incierto por su propia naturaleza. Según la teoría austríaca, al igual que cualquier otra institución, el Derecho constituye un procedimiento de información. Dicho de otro modo, en un mundo de ignorancia e incertidumbre genuinas, se supone que el Derecho tiene dos funciones sociales fundamentales: difundir información, posibilitando un orden entre las acciones individuales, o mantener un orden entre dichas acciones individuales.

3.1. Comparación entre el Análisis Económico convencional y el Análisis Económico Institucional del Derecho

El enfoque institucional del Derecho de Hayek contrasta radicalmente con los conceptos tradicionales del Análisis Económico del Derecho. En lugar de suponer, como la mayoría de modelos del Derecho, que el responsable de adoptar decisiones se vuelve cada vez más inteligente a medida que la imperfección del conocimiento se toma en consideración, la teoría institucional considera más apropiado suponer que con la creciente complejidad e incertidumbre del entorno, los procesos de decisión deben simplificarse.

El problema del conocimiento aparece exclusivamente en un marco de desequilibrio y no en uno de equilibrio, que es por definición una situación de conocimiento perfecto. Cuanto más lejos esté el sistema del equilibrio general, más se acentúa el problema del conocimiento y más se deben amparar los individuos en las normas. Con la omnisciencia, el Derecho no tiene ninguna función informativa, porque todo se sabe. Dicho de otro modo, en el Análisis Económico tradicional del Derecho, el Derecho como fuente de información³¹ no sólo parece superfluo sino conceptualmente imposible y contrario al postulado fundamental.

En efecto, los actores de la optimización no necesitan normas para orientar o facilitar sus decisiones. Más bien, responderían con perfecta flexibilidad a todo cambio en el entorno. Cualquiera que sea la complejidad que enfrenten, son implícitamente ca-

paces de identificar la línea de acción óptima entre todas las condiciones posibles. Por consiguiente, un comportamiento completamente flexible difícilmente producirá un modelo fácilmente reconocible y difícilmente será predecible.³²

El economista institucional Ronald Heiner ha sugerido que en un contexto de incertidumbre considerable³³, una estrategia de flexibilidad total en la respuesta a la información cambiante no aumentará necesariamente la eficiencia del actor. Por el contrario, su eficiencia sería mayor con una restricción de la flexibilidad en el uso de la información que se incorpora al conjunto de opciones de una acción determinada. Dicho de otro modo, la incertidumbre explica por qué aparecen las «normas de comportamiento». Según Heiner, el comportamiento predecible aparece porque la incertidumbre imposibilita la maximización. Para Heiner, el comportamiento predecible constituye la fuente principal de aquellas regularidades que la teoría neoclásica ha tratado de explicar precisamente mediante la eliminación de dicha incertidumbre del modelo.

De esta manera, es en los límites de la maximización que Heiner ve el origen de la acción de «observación de las normas». Por el contrario, la optimización nunca puede conducir al comportamiento predecible o estable. Dicho de otro modo, a diferencia del argumento central de los conceptos del Análisis Económico del Derecho aplicados comúnmente, el Derecho difícilmente puede ser considerado como el resultado de un procedimiento de optimización.³⁴ El problema con los modelos del Análisis Económico convencional del Derecho es que su lógica neoclásica simple parece no dar cabida a la existencia de normas e instituciones y, como tal, no da cabida al conjunto de normas comúnmente conocido como ley.

¿Cómo puede entonces un concepto imaginario como el equilibrio general servir para una institución social que no tiene en sentido estricto una función que cumplir dentro de ese marco específico? Podemos concluir que el Derecho tal como se le describe en estos modelos, como el producto de un cálculo de maximización, contrasta radicalmente con la perspectiva austríaca del Derecho: el Derecho

³¹ El Derecho como institución social.

³² Como ha sido demostrado por HEINER-1983, pp. 560-595.

³³ Lo que para Heiner significa la incertidumbre resultante de las dificultades del responsable de tomar decisiones en identificar sistemáticamente la línea de acción preferible. Al hablar de incertidumbre, el modelo de Heiner se refiere esencialmente a la complejidad.

³⁴ De hecho la «minimización del costo social» de manera sistemática haría que las determinaciones judiciales caso por caso fueran impredecibles.

tal y como se ha desarrollado en un mundo de incertidumbre genuina, el Derecho como un punto de referencia estable y predecible en el que los individuos pueden confiar para formar sus expectativas. Eliminando de sus supuestos el factor que, según la interpretación austríaca, hace necesarias las normas legales -específicamente la inerradicable ignorancia humana- los modelos económicos del Derecho aplicados comúnmente parecen no llegar a comprender la propia naturaleza del fenómeno materia de sus estudios.

Lo que dichos modelos describen como «Derecho eficiente» de hecho no comparte la mayoría de características del Derecho privado del mundo real hecho por los jueces. En primer lugar, no tiene una función informativa, porque existe en un contexto de omnisciencia. Esto explica por qué el criterio objetivista de la eficiencia social que subyace a estos modelos resulta ser básicamente inadecuado cuando se aplica al Derecho tal como éste existe en el mundo real. Una aplicación literal de esta norma de la eficiencia que no toma en cuenta la naturaleza informativa del Derecho, no sólo corre el riesgo de conducir a un sistema jurídico deficiente sino a algo que difícilmente puede llamarse un sistema jurídico siquiera.

3.2 El Derecho como una adaptación a la ignorancia genuina

De otra parte, la teoría austríaca es una teoría del desequilibrio genuino. A diferencia del marco del Análisis Económico neoclásico del Derecho, la metodología austríaca considera la existencia de una institución social como el Derecho. En esta perspectiva, el Derecho es descrito como un conjunto de normas que ayudan a atenuar la imperfección del conocimiento humano.

En realidad, la aceptación de la circunstancia irreversible de que una sola mente jamás será capaz de comprender en su totalidad todos los hechos que

determinan el funcionamiento de una sociedad, arroja una luz muy diferente sobre la función que la economía puede cumplir en la comprensión de un fenómeno social como el Derecho. En efecto, si eliminamos de nuestros supuestos el carácter disperso e imperfecto del conocimiento, es difícil imaginar cómo una asignación de recursos podría volverse ineficiente, con lo cual un planteamiento económico pierde todo su interés. Para que no quede atrapado en la banalidad, un planteamiento económico del Derecho debe comenzar por aceptar el hecho de que las actividades individuales no siempre están coordinadas entre sí.

I. M. Kirzner destaca el hecho de que la dispersión del conocimiento no sólo entraña nuevos costos.³⁵ A nivel más fundamental, da cabida a lo que Kirzner identifica como «el error genuino resultante de la ignorancia absoluta»³⁶ y, efectivamente, a la posibilidad de descoordinación e ineficiencia dentro de una economía. Por consiguiente, da cabida a las acciones correctivas de la descoordinación o, para usar la terminología de Kirzner, para las «acciones empresariales» que consisten en el descubrimiento de los errores anteriores.³⁷

Fundamentales para la teoría económica en general, los conceptos de los austríacos sobre el problema del conocimiento a la vez dotan de sentido al problema de la eficiencia del Derecho.³⁸ La integración de conceptos tales como la ignorancia genuina y la dispersión del conocimiento a la interpretación económica del Derecho considera efectivamente la posibilidad de que el entorno jurídico no favorece necesaria ni sistemáticamente la coordinación global. Si bien, en lo esencial, las normas del Derecho sirven para mantener o velar un orden social, el orden global no está garantizado por ninguna norma legal. Las normas mal concebidas pueden imposibilitar la formación de un orden cooperativo y convertirse ellas mismas en fuentes de descoordinación.³⁹

³⁵ Costos de aprendizaje y comunicación.

³⁶ Según Kirzner, «el error genuino tiene lugar cuando la ignorancia de una persona responsable de adoptar decisiones no se debe al costo de la investigación ni al aprendizaje y la comunicación. En estos casos, la ignorancia de dicha persona es absoluta, es decir, es el resultado de su ignorancia de los medios disponibles y económicamente viables que conducen a la información necesaria (lo que incluye, por supuesto, la posibilidad de su ignorancia respecto a la existencia misma de información valiosa). A nivel del responsable de adoptar las decisiones, podemos describir su actividad como subóptima cuando éste descubre posteriormente que ha dejado pasar inexplicablemente las oportunidades que merecían definitivamente ser consideradas.» KIRZNER-1988, pp. 85-86.

³⁷ KIRZNER-1988, p. 86. Ver también KIRZNER-1973.

³⁸ En efecto, estos conceptos permiten al analista evaluar el entorno institucional -el Derecho inclusive- en función de su potencial para promover el descubrimiento de errores pasados por alto hasta ese momento. De esta manera, la interpretación austríaca incorpora un concepto dinámico e «institucional» de la eficiencia.

³⁹ Las normas jurídicas deficientes para tal caso podrían generar lo que James M. Buchanan ha calificado de «desorden espontáneo».

Si se tomaran los fundamentos metodológicos básicos de la economía austríaca como punto de partida, el aspecto de la eficiencia en el Derecho evitaría presentar un carácter puramente tautológico, porque se pueden identificar efectivamente situaciones «ineficientes». En este marco, el concepto de eficiencia por lo menos no parece ser un componente inútilmente incorporado al análisis.

Ciertamente, en el pensamiento austríaco, la eficiencia tiene un significado que difiere fundamentalmente del presente en el Análisis Económico tradicional del Derecho orientado hacia la eficiencia social. En efecto, la teoría austríaca se niega a considerar «el problema económico de la sociedad» como un problema de maximización de la riqueza social o de generación de una distribución de Pareto óptima. Hayek ha explicado que éste es un problema de la adaptación a la «ignorancia absoluta» más que un problema circunscrito a la eficiencia en la asignación de recursos.⁴⁰

Esta interpretación del problema económico también es decisiva en el planteamiento jurídico de Hayek. En su teoría del Derecho, las normas jurídicas son interpretadas como procedimientos de simplificación en un contexto en el que la mayoría de hechos y circunstancias concretos se desconocen, mucho más que como la manifestación de alguna norma objetiva de eficiencia en la asignación de recursos. Al demostrar características constantes o repetidas, sirven como pautas o medios de orientación en un mundo verdaderamente incierto o, para usar los términos de Hayek, como equipo para ciertos peligros desconocidos.

La información que se difunde por medio de las normas jurídicas se relaciona esencialmente con una comunicación en previsión de conflictos, para evitar en la medida de lo posible que los conflictos interpersonales perturben el orden existente.⁴¹

Hayek explica que la función del Derecho según esa definición «sólo puede consistir en decirle a las personas con qué expectativas pueden y con cuáles no pueden contar».⁴²

Como se ha mencionado anteriormente, la función informativa del Derecho implica así otra función social igualmente importante: el Derecho como un procedimiento de coordinación. Cuanto más transmitan las normas jurídicas información útil, más podrán las personas formarse expectativas razonables, con lo cual se mejorará la coordinación global.

3.3. El Derecho como un procedimiento de coordinación

Hayek ha destacado el hecho de que en un mundo de incertidumbre e ignorancia genuinas, el Derecho como agente pacificador puede actuar exclusivamente si las normas jurídicas se aplican a casos particulares, independientemente de las consecuencias posibles o previsibles de su aplicación.⁴³ En un mundo como éste, no es posible prever con exactitud los efectos de las normas jurídicas ni el desarrollo de dichas normas.⁴⁴

Por consiguiente, es la propia imprevisibilidad de los efectos de las acciones individuales la que exige la adhesión a las normas. Ésta explica por qué el

⁴⁰ Cf. HAYEK-1945.

⁴¹ Muy de acuerdo con la tradición austriaca, el abogado R. Barnett sugiere que de manera relevante, la «justicia» está influenciada fundamentalmente por el problema del conocimiento, donde en última instancia, la «justicia» aparece como una adaptación a la ignorancia genuina. Barnett considera casi como un axioma que en todo marco social caracterizado por la escasez de recursos, donde tienen lugar inevitablemente conflictos por los usos alternativos de los recursos, existe la necesidad de «normas de justicia». En la medida que el conocimiento de la justicia no es «instintivo», «intuitivo» ni asequible por medio del razonamiento personal, debe ser comunicado. Según Barnett, sin una comunicación *ex ante* de las normas sustanciales de justicia y sin una definición fundamental de la propiedad de los recursos, ni siquiera las personas mejor intencionadas podrían evitar cometer injusticias con otros. Por consiguiente, Barnett describe las tareas centrales del derecho como tareas de comunicación de información *ex ante* útil sobre la «justicia» a los integrantes de la sociedad. Ver BARNETT-1988, pp. 606-607.

⁴² Ver HAYEK-1973, p. 102.

⁴³ Para HAYEK, esta condición constituye la esencia de un sistema jurídico «justo»: En este sentido, Hayek propugna concebir la justicia como «procesal».

⁴⁴ Como señala Mario Rizzo, «debido a nuestra incapacidad para predecir patrones futuros, aun si los jueces contaran con objetivos tentativos para sus políticas, no podrían prever las consecuencias de ninguna norma que adopten. Estas consecuencias serían obviamente diferentes en situaciones concretas diferentes y los jueces estarían obligados, por lo menos parcialmente, a observar normas al margen de sus consecuencias específicas para asegurar la estabilidad del orden jurídico.» M. Rizzo destaca otro factor conexo que determina un sistema de derecho consuetudinario: la indeterminación de los objetivos de los jueces. Rizzo explica que «los jueces no comienzan por una función objetiva clara a la que posteriormente adaptan los hechos de cada caso. Más bien, razonan por analogía o similitud con otros casos ya decodificados. RIZZO, 1985, p. 87.

proceso de derecho consuetudinario «no tiene un propósito determinado» en cuanto no busca lograr objetivos sociales específicos ni equilibrarlos cuando entran en conflicto. Más bien, como ha sugerido Mario Rizzo: «Si el Derecho no puede lograr sistemáticamente objetivos sociales específicos, entonces lo mejor que puede hacer es proporcionar un orden estable en el que los individuos tengan la libertad de luchar por alcanzar sus propios objetivos. La imprevisibilidad del efecto de una norma en una situación concreta es el precio que debemos pagar por la previsibilidad del orden abstracto».⁴⁵

En la interpretación austríaca, el único propósito del Derecho es asegurar o mejorar una cierta estabilidad o permanencia a largo plazo, facilitando con ello la solución de los problemas de coordinación en la sociedad. Esto explica por qué el Derecho no tiene que orientarse hacia la consecución de una situación concreta o específica,⁴⁶ sino que simplemente crea o mantiene un vínculo «abstracto»⁴⁷ entre los individuos,⁴⁸ que les permite formarse expectativas razonables. Como explica Hayek, esto es todo lo que se puede esperar de un orden jurídico en un mundo donde algunos hechos cambian continuamente de manera imprevisible y donde el orden global se logra mediante la adaptación continua de los proyectos de los individuos a la aparición de nuevas circunstancias y nuevos conocimientos.

3.4. Repercusiones de la teoría económica austríaca en la eficiencia como cuestión de Derecho

En la teoría de Hayek, el orden del mercado se presenta indisolublemente unido al orden jurídico. Uno de los conceptos fundamentales de esta teoría es el énfasis en la relación importante que existe entre las normas del Derecho y la estabilidad del orden como consecuencia de la observación de estas normas. Las teorías austríacas sobre el proceso del mercado muestran que en un mundo donde el conocimiento está disperso extensamente entre miles de millones de individuos, el mercado cumple una función crucial como «procedimiento de descubrimiento» a través del cual se revela y difunde la información. Dicho de otro modo, el mercado hace

que las personas descubran la información, permitiéndoles que interactúen con otros. Su característica esencial es proporcionar conocimientos y fines compatibles y complementarios que difieren considerablemente entre un individuo y otro. Hayek describe este procedimiento descentralizado como uno en el que las personas pueden ser útiles a otras sin proponérselo. Para Hayek, ello constituye el orden que se desarrolló espontáneamente a partir de las interacciones de una multiplicidad de individuos que cumplen con las normas jurídicas relativas a la propiedad, los daños y perjuicios y los contratos.

Este procedimiento no puede actuar eficientemente sin derechos de propiedad privada bien definidos y debidamente protegidos, en otras palabras, sin un sistema jurídico eficiente. Es en este sentido que se puede sugerir que la eficiencia como cuestión de Derecho está considerada implícitamente en la teoría austríaca. El énfasis en la complementariedad e interdependencia del Derecho y el mercado en el marco del orden institucional enfoca la importancia de la eficiencia desde una perspectiva radicalmente distinta a la del Análisis Económico convencional del Derecho.

En la perspectiva austríaca, esta cuestión plantea implícitamente un análisis para determinar en qué sentido las normas jurídicas -o qué normas jurídicas- tienden a mantener la paz y el orden en la sociedad. La eficiencia en el planteamiento austríaco del Derecho parece, por lo tanto, centrarse en los efectos que las normas jurídicas pueden tener sobre ese orden, efectos que sólo se pueden revelar a partir de la experiencia. Se refiere entonces a la capacidad o la eficacia con que las normas jurídicas y las instituciones tienden a superar los problemas de descordinación. De manera que será la calidad de las funciones de información y coordinación de un sistema jurídico la que determine su eficiencia o ineficiencia.

Desde un principio, los economistas austríacos han mostrado que dentro del orden del mercado se han desarrollado otras instituciones independientes y solidarias, las mismas que constituyen los fundamentos de la Sociedad Abierta: el dinero⁴⁹ y los

⁴⁵ Cf. RIZZO-1985, p. 873.

⁴⁶ Como sugieren la mayoría de defensores del Análisis Económico convencional del Derecho.

⁴⁷ Según Hayek, tres condiciones son necesarias para que las normas jurídicas mantengan un orden social: estabilidad (aplicación a largo plazo), impersonalidad (generalidad y abstracción) y, por último, universalidad.

⁴⁸ Mientras que las situaciones concretas varían constantemente. Según Hayek, sólo un sistema de relaciones abstractas puede mantenerse constante en un orden global en continua adaptación al cambio externo.

⁴⁹ Ver por ejemplo MENGER-1892, pp. 238-255.

derechos de propiedad, los que a su vez hacen posible la aparición de contratos. Los contratos y los derechos de propiedad permiten a los individuos llevar a cabo sus proyectos de manera básicamente compatible, armonizar sus expectativas y desarrollar los medios para adaptar sus proyectos a sucesos imprevisibles en el largo plazo.

Dicho de otro modo, el Derecho se presenta como una institución del mercado. Puede ser considerado como un procedimiento de protección de los derechos de propiedad y, por consiguiente, como un procedimiento de protección del orden del mercado.⁵⁰ Para llevar a cabo esta tarea, el Derecho se presenta como un procedimiento de información.

A partir de los planteamientos anteriores, se puede concluir que las teorías austríacas sobre el proceso del mercado, así como la teoría jurídica de Hayek, implican de manera implícita e importante, que el Derecho y el mercado son perfectamente interdependientes y complementarios, en tanto que el orden del mercado no puede surgir ni subsistir sin el Derecho y el Derecho mismo existe como producto del orden con el propósito de asegurarlo y protegerlo.

Sin embargo, aunque parezca evidente que el Derecho no puede engendrar ni mantener cierto orden social a menos que demuestre alguna característica de estabilidad, coherencia o previsibilidad, ello no implica que el Derecho, a fin de asegurar la cohesión social, tenga que proteger algún *status quo* en las relaciones entre determinadas personas. Por el contrario, si todos tuvieran que actuar de manera tal que nunca defraudaran las expectativas de otros respecto a su comportamiento, el mercado dejaría de funcionar. Hayek recalca el hecho de que el orden sufriría un colapso total si no hubieran cambios continuos en los detalles.⁵¹

Por esta razón, la protección del orden del mercado requiere cierta continuidad, coherencia y certeza, así como la capacidad de adaptación del orden jurídico. La misión del Derecho consiste tanto en fomentar los cambios como en preservar las condiciones existentes. Más aún, el Derecho en gran medida sigue y refleja los cambios importantes en la sociedad.

Esto implica que el Derecho se limita a proteger los principios fundamentales del orden existente. El orden social es asegurado por un sistema cuyo objetivo no puede ser la defensa de intereses personales particulares -tal como sugieren los conceptos del Análisis Económico del Derecho aplicados comúnmente- ni lograr algún resultado o situación preconcebidos, como podría ser la maximización de la riqueza de la sociedad en su totalidad.

De la interpretación del Derecho de Hayek, podríamos deducir que el orden general queda asegurado únicamente si las personas gozan de libertad para luchar por alcanzar sus propias metas, para formarse expectativas razonables y para modificar sus proyectos de acuerdo a los cambios que perciban. En este sentido, la teoría de Derecho de Hayek propone que un sistema jurídico **eficiente** es aquél que **maximiza** la libertad individual. Hayek mismo expresó esta idea en los términos siguientes: el Derecho debe aspirar a maximizar la realización de expectativas en conjunto y así fomentar la consecución de tantos objetivos individuales como sea posible.⁵²

Bajo esta perspectiva, finalmente aparece que el problema central del Derecho es conciliar la libertad de cada persona de luchar por alcanzar sus propias metas con la responsabilidad de todos de no causar daño a los otros. La única solución identificada hasta el momento para maximizar la libertad de acción individual es la delimitación de las áreas cognoscibles de cada persona,⁵³ donde el criterio

⁵⁰ Los austríacos han subrayado que no puede haber mercado sin derechos de propiedad privada.

⁵¹ Hayek explica que el mercado es un orden universal cuyo contenido cambia continuamente. Percibe esta característica del mercado como una necesidad fundamental en un mundo de ignorancia e incertidumbre genuinas, donde el único medio con el que contamos para lograr cierto grado de estabilidad y, por lo tanto, previsibilidad, respecto al resultado general de nuestras actividades es dejar que cada persona se adapte a lo que aprende, de maneras que podrían ser mayormente imprevisibles para otros. Más aún, el orden abstracto sólo se mantendría a través de dichas modificaciones continuas e imprevisibles de los detalles. Cf. HAYEK-1973, p. 104. De modo que parece que la paradoja aparente del mercado (ya descubierta por Bernard de Mandeville y Adam Smith) radica en esta acomodación entre la coherencia del orden global y la flexibilidad del comportamiento de los elementos del sistema. La coherencia del orden global queda asegurada por la posibilidad brindada a los actores individuales de modificar y ajustar continuamente sus proyectos en virtud de los nuevos conocimientos adquiridos.

⁵² Cf. HAYEK-1973, p. 103. Más específicamente, esto implica que “una política que recurra al uso de las fuerzas de ordenamiento espontáneo... debe aspirar a que el efecto de todos los cambios requeridos por ese orden sea aumentar las probabilidades de que cualquier persona seleccionada al azar logre sus metas”. HAYEK-1976, p. 114.

⁵³ Hayek habla de “dominios protegidos” o “dominios de libertad”.

personal se puede ejercer sin interferencia externa, al igual que los límites más allá de los cuales no se puede permitir el criterio personal. Esto significa que los derechos de propiedad privada definen la libertad individual. Si no existieran los derechos de propiedad, no habría justicia ni injusticia.⁵⁴ Por lo tanto, el respeto de los derechos de propiedad privada constituye la esencia de cómo Hayek concibe la justicia y, como tal, la meta final del Derecho.

4. CONCLUSIONES

Los conceptos convencionales del Análisis Económico del Derecho han sido objeto de objeciones poderosas y, en muchos sentidos, decisivas. En general, estas críticas se centran en el criterio de eficiencia, uno de los fundamentos de la teoría, así como en la idea misma que considera la eficiencia en la asignación de recursos como un objetivo ético valioso como pauta para orientar el razonamiento jurídico.

Esta ponencia también trata sobre otra crítica frecuentemente pasada por alto: la crítica al Análisis Económico del Derecho que postula una perspectiva del Derecho sin una dimensión institucional. En los modelos económicos formales, el Derecho se presenta en el marco de un equilibrio general como resultado de un cotejo judicial de los costos y beneficios sociales. Sin embargo, paradójicamente, el Derecho ya no sería necesario en condiciones de coordinación plena y conocimiento perfecto.

A un nivel más fundamental, este tipo de legislación, ya que presupone la omnisciencia del juez, no es factible en el mundo real donde debería ser necesaria.

Por el contrario, la teoría de Derecho austríaca basada en los conceptos desarrollados por F.A. Hayek interpreta al Derecho como una respuesta al problema vital de la imperfección y fragmentación del conocimiento y, por lo tanto, al problema de la descoordinación.

Definido como institución social, el Derecho sería conceptualmente imposible y opuesto al supuesto básico del marco neoclásico para el Análisis Económico del Derecho. La coexistencia del Derecho como institución social -o, usando los términos de Hayek, como un conjunto de normas de conducta justa- y como modelo en el marco del equilibrio general parece ser contradictoria.

Por consiguiente, el criterio objetivista de la eficiencia en la asignación de recursos propugnado por los defensores del Análisis Económico del Derecho aplicado comúnmente, resulta inapropiado para comprender o evaluar el Derecho tal como se presenta en el mundo real. Más aún, la eficiencia como cuestión de Derecho sólo es pertinente si se toma en cuenta el carácter informativo del Derecho.

Centrada en el individualismo metodológico, el subjetivismo y los procesos dinámicos, la teoría económica austríaca parece proporcionar los fundamentos metodológicos apropiados para la consideración del Análisis Económico del Derecho. Esta teoría, a diferencia de los conceptos del Análisis Económico del Derecho convencional aplicados comúnmente, destaca el problema del conocimiento, y ofrece un marco analítico que le otorga una razón de ser a una institución social como el Derecho. A partir de un estudio muy completo de los órdenes espontáneos, los teóricos austríacos aportan una comprensión más profunda de la complementariedad entre el Derecho y el orden del mercado que la interpretación estática e instrumental del mercado que caracteriza la mayor parte del Análisis Económico neoclásico del Derecho.

Basándose en la economía tradicional del bienestar, el Análisis Económico del Derecho que se aplica comúnmente no ve en la libertad individual más que un medio para lograr una mayor eficiencia para la sociedad. Por el contrario, el planteamiento austríaco no considera que el objetivo final del Derecho es la eficiencia, sino, antes que nada, la promoción y protección de los derechos y las libertades individuales. Bajo esta perspectiva, la eficiencia de un sistema jurídico parece radicar en la eficiencia con que las capacidades del sistema protegen los derechos y las libertades individuales.

Implícitamente, la interpretación del Derecho de Hayek sugiere que un marco de libertad no es más que un marco de Derecho eficiente. Es un marco que permite que las personas desarrollen su propia eficiencia subjetiva a fin de alcanzar sus diversas metas personales. Como tal, la eficiencia y la justicia ya no serían metas contradictorias del Derecho. La eficiencia, en este contexto, sería una consecuencia, un derivado, o hasta se podría decir que un valor de un sistema jurídico dedicado a hacer justicia.

⁵⁴ Bajo cualquier definición, la justicia necesariamente implica el respeto por los derechos de propiedad legítimos, así como la injusticia implica la violación de tales derechos. Tal como explica Hayek, las situaciones mismas no se pueden definir propiamente como justas o injustas.

BIBLIOGRAFÍA

- Barnett, R. E. (1988)** «Foreword: Can Justice and the Rule of Law Be Reconciled?», *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol. XI, n. 3, pp. 597-624.
- Becker, G. S. (1976)** *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: University of Chicago Press.
- Buchanan, J. M. (1969)** *Cost and Choice*. Chicago: Markham.
- Buchanan, J. M. (1982)** «Order Defined in the Process of its Emergence». *Literature of Liberty*, Vol. V, n. 5.
- Burrows, P. (1982)** «Idealised Negligence, Strict Liability and Deterrence». *International Review of Law and Economics*, n. 2, pp. 165-72
- Calabresi, G. (1975)** «Optimal Deterrence and Accidents». *Yale Law Journal*, Vol. LXXXIV, n. 4, pp. 656-71
- Coase, R. H. (1960)** «The Problem of Social Cost». *Journal of Law and Economics*, Vol. III, pp. 1-40.
- Coase, R. H. (1978)** «Economics and Contiguous Disciplines». *Journal of Legal Studies*, Vol. VII, n. 2, pp. 201-11.
- Coleman, J. L. (1980)** «Efficiency, Utility and Wealth Maximization». *Hofstra Law Review*, Vol. VIII, n. 3, pp. 509-552.
- Demsetz, H. (1969)** «Information and Efficiency: Another Viewpoint». *Journal of Law and Economics*, n. 12, pp. 1-22.
- Dolan, E. G. (Ed.) (1976)** *The Foundations of Modern Austrian Economics*. Kansas City: Sheed and Ward.
- Dworkin, R. M. (1980)** «Is Wealth a Value?». *Journal of Legal Studies*, n. 2, pp. 191-226.
- Gray, J. (1984)** *Hayek on Liberty*. Oxford: Basil Blackwell.
- Hayek, F. A. (1937)** «Economics and Knowledge». *Economica*, Vol. IV, pp. 33-54.
- Hayek, F. A. (1945)** «The Use of Knowledge in Society». *American Economic Review*, n. 35, pp. 519-30. Reimpreso en: *Individualism and Economic Order*. Chicago: University of Chicago Press, 1948.
- Hayek, F. A. (1973)** *Law, Legislation and Liberty: Rules and Order*, Vol. I, Routledge and Kegan Paul, Londres y Henley.
- Hayek, F. A. (1976)** *Law, Legislation and Liberty: The Mirage of Social Justice*, Vol. II, Routledge and Kegan Paul, Londres y Henley.
- Hayek, F. A. (1979)** *Law, Legislation and Liberty: Political Order of a Free People*, Vol. III, Routledge and Kegan Paul, Londres y Henley.
- Heiner, R. (1983)** «The Origin of Predictable Behavior». *American Economic Review*, n. 35, pp. 560-95.
- Kirzner, I. M. (1973)** *Competition and Entrepreneurship*. Chicago: University of Chicago Press.
- Kirzner, I. M. (Ed.) (1982)** *Method, Process and Austrian Economics. Essays in Honor of Ludwig von Mises*. Lexington: Lexington Books.
- Kirzner, I. M. (1985)** *Discovery and the Capitalist Process*. Chicago: University of Chicago Press.
- Kirzner, I. M. (Ed.) (1986)** *Subjectivism, Intelligibility and Economic Understanding. Essays in Honor of Ludwig Lachmann on his Eightieth Birthday*. Macmillan.
- Kirzner, I. M. (1988)** «Welfare Economics: A Modern Austrian Perspective». En: Block, W. & Rockwell, L. H. (eds.). *Man, Economy and Liberty. Essays in Honor of Murray Rothbard*. Ludwig von Mises Institute.
- Kirzner, I. M. (1989)** *Discovery, Capitalism and Distributive Justice*. Oxford: Basil Blackwell.
- Kirzner, I. M. (1990)** «Discovery, Private Property and the Theory of Justice in a Capitalist Society». *Journal des Economistes et des Etudes Humaines*, Vol. I, n. 3, pp. 209-24.
- Kornhauser, L. A. (1980)** «A Guide to the Perplexed Claims of Efficiency in the Law». *Hofstra Law Review*, Vol. VIII, n. 3, pp. 591-640.
- Lachmann, L. M. (1971)** *The Legacy of Max Weber*. Berkeley: Calif., Glendessary Press.
- Loasby, B. J. (1976)** *Choice, Complexity and Ignorance*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Menger, C. (1963)** «On the Origin of Money», *Economic Journal*, n. 2, pp. 238-255.
- Menger, C. (1985)** «The 'Organic' Origin of Law and the Exact Understanding Thereof», en: Menger, C. *Investigations into the Methods of Social Sciences. With Special Reference to Economics*. Nueva York: NYU Press.

- Mises, L. V. (1966)** *Human Action: A Treatise on Economics* (3rd ed.). Nueva York: Regnery and Co.
- O'Driscoll, G. P. (1980)** «Justice, Efficiency and the Economic Analysis of Law. A Comment on Fried», *Journal of Legal Studies*, Vol. IX, n. 2, pp. 355-366.
- O'Driscoll, G. P. & Rizzo, M. J. (1985)** *The Economics of Time and Ignorance*. Oxford: Basil Blackwell.
- Polinsky, M. (1980)** «Negligence vs. Strict Liability in a Market Setting». *American Economic Review*, Vol. LXX, n. 2, pp. 362-368.
- Posner, R.A. (1977)** *Economic Analysis of Law*. Boston y Toronto: Little, Brown and Company.
- Posner, R.A. (1979)** «Utilitarianism, Economics and Legal Theory». *Journal of Legal Studies*, Vol. VIII, n. 1, pp. 103-140.
- Posner, R.A. (1980)** «The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication». *Hofstra Law Review*, Vol. VIII, n. 3, pp. 487-508.
- Posner, R.A. (1987)** «The Law and Economics Movement». *American Economic Review*, Vol. LXXVII, n°2, pp. 2-13.
- Rizzo, M. J. (1979a)** «Uncertainty, Subjectivity and the Economic Analysis of Law», en: Rizzo, M. J. (ed.): *Time, Uncertainty and Disequilibrium. Exploration of Austrian Themes*. Lexington, Mass.: Lexington Books, D. C. Heath and Co.
- Rizzo, M. J. (1979b)** «Disequilibrium and All That», en: Rizzo, M. J. (ed.): *Time, Uncertainty and Disequilibrium*.
- Rizzo, M. J. (1980)** «The Mirage of Efficiency». *Hofstra Law Review*, Vol. VIII, n. 3, pp. 640-658.
- Rizzo, M. J. (1980)** «Law Amid Flux: The Economics of Negligence and Strict Liability in Torts». *Journal of Legal Studies*, Vol. IX, n. 2, pp. 797-818.
- Rizzo, M. J. (1985)** «Rules vs. Cost-Benefit Analysis in the Common Law». *The Cato Journal*, Vol. IV, n.3.
- Rothbard, M. N. (1979)** «The Myth of Efficiency» en: Rizzo, M. J. (ed.): *Time, Uncertainty and Disequilibrium*.
- Rothbard, M. N. (1982)** *The Ethics of Liberty*. Humanities Press, Atlantic Highlands.
- Shavell, S. (1980)** «Strict Liability vs. Negligence». *Journal of Legal Studies*, n. 9, pp. 1.25.
- Thirlby, G. F. (1973)** «Economists' Cost Rules and Equilibrium Theory» en: Buchanan, J. M. & Thirlby, G. F. (eds.) *LSE Essays on Cost*. Londres: Weidenfeld and Nicholson.