

# A propósito de los 50 años del libro *Economic Analysis of Law* de Richard Posner

DANIEL ALEJANDRO MONROY<sup>1</sup>  
Editor

Este año se cumplen 50 años de la publicación de la primera edición del texto fundacional, y hoy día, principal libro de texto del “Análisis Económico del Derecho” escrito por Richard Posner, lo cual constituye entonces una importante excusa para presentar en este breve escrito algunas reflexiones sobre las influencias que este prolífico autor plasmó en su libro, y sobre la importancia de este texto dentro de la literatura y la educación de jurídica en estas últimas cinco décadas.

Al respecto, vale destacar que si bien es difícil ubicar exactamente el momento en que nace el área de estudio denominada “análisis económico del derecho”, si suele aceptarse que “The Problem of Social Cost” (“El Problema del Costo Social”) (Coase, 1960) es la publicación que marca el hito para diferenciar los antecedentes de la fundación misma del “análisis económico del derecho” (Medema, 2011, p. 11; Kornhauser L., 1988, p. 27). No obstante, si bien Ronald Coase es quien marca el hito de unir bajo un mismo enfoque al ‘derecho’ y la ‘economía’ (Marciano & Harnay, 2009), Posner supera con creces este hito al proveer con una identidad propia y expandir a todas las áreas del derecho el análisis económico.

En efecto, el artículo de Coase pretendía inicialmente plantear: un cambio de enfoque respecto del tratamiento del problema de las externalidades negativas generadas por actividades económicas empresariales, mostrándolas como una situación que depende de la manera cómo el sistema jurídico asigna los derechos de propiedad. Es decir, Coase ciertamente abre una primera puerta al ‘análisis económico del derecho’ en el sentido que logra integrar dentro de una misma teoría dos tipos de problemas concretos que se veían –hasta ese momento– como desligados entre sí: un problema

\* DOI: <https://doi.org/10.18601/01236458.n59.01>

1 Docente Investigador del Departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia en Análisis Económico del Derecho, Regulación económica y *Behavioral Law and Economics*. Contacto [daniel.monroy@uexternado.edu.co](mailto:daniel.monroy@uexternado.edu.co)

económico (las externalidades) que depende a su vez de un problema jurídico (cómo se asignan los derechos de propiedad).

Al respecto, el propio Posner (1971, p. 209) reconoce que "El Problema del Costo Social" influyó notablemente en su pensamiento incluso antes de publicar la primera edición de *Economic Analysis of Law* en 1973. Sin embargo, el aporte fundamental y central de este libro, que va más allá de la apertura que hizo Coase en 1960, radica en demostrar que no solo la forma en cómo opera el derecho (por ejemplo, cómo se asignan los derechos de propiedad) puede generar o resolver un problema económico específico, sino que la economía misma puede extenderse al estudio de todo el derecho. En este sentido, cualquier problema en cualquier área de cualquier sistema jurídico, incluso aquellas situaciones que no involucran actividades empresariales o situaciones de mercado explícitas, siguen siendo problemas que pueden ser analizados y abordados como si fueran problemas de los que se ocupa la teoría económica.

Esta vocación expansiva de la teoría económica, hacia el estudio de todas las diferentes áreas del derecho y que se evidencia a lo largo de *Economic Analysis of Law*, puede comprenderse incluso mejor a partir de la influencia y la amistad que se mantuvo hasta su muerte, en 2014, unió a Gary Becker con el pensamiento de Posner. De acuerdo con este último, quizá la principal contribución de Becker al 'análisis económico del derecho' es, precisamente, haber llevado el instrumental y la metodología económica al estudio de todas las diferentes áreas del derecho. En efecto, antes de *Economic Analysis of Law* Becker ya había publicado en 1968 su artículo "Crime and Punishment: An Economic Approach", un texto con el cual ocurre una ruptura en la idea –que aún mantienen algunos economistas– de creer que el ámbito propio de la economía se limita al mismo ámbito de los mercados y a las decisiones de los agentes que participan en ellos. Como lo reconociera posteriormente Posner (1993, pp. 213-214), es cierto que los mercados proveen resultados cuantificables que comprueban varias teorías económicas, entre otras, que las personas se comportan de forma racional cuando participan en actividades de mercado. Sin embargo, dice Posner que Becker, más que cualquier otro economista insistió en defender que: ese mismo modelo de elección racional puede aplicarse a cualquier expresión del comportamiento social, y, por tanto, que cualquier comportamiento incluso en cualquier ámbito fuera de los mercados que esté regulado o afectado por el sistema jurídico, puede modelarse manteniendo los mismos supuestos económicos de elección racional que se comprueban en los mercados.

Con todo, a partir de la influencia de las ideas de Coase y Becker, junto con las de otros economistas como Aaron Director, George Stigler y William Landes, quienes compartieron lugar con Richard Posner en la Universidad de Chicago, en las primeras páginas de *Economic Analysis of Law* (2014, pp. 5-67), su autor expone tres presupuestos fundamentales que no solo guían el resto del libro, sino que también siguen definiendo hoy el campo del 'análisis económico del derecho': (i) asumir que las personas actuamos como "maximizadores racionales" en cualquier ámbito de decisión; (ii) reconocer la economía como la ciencia de la escasez, es decir, la ciencia que trata de la elección en un mundo, nuestro mundo, en el que los recursos son limitados en

relación con las expectativas y deseos individuales; y (iii) defender que en este mundo, el desperdicio de recursos (escasos) es algo inmoral, y por tanto, que la eficiencia es un fin moral compatible con la justicia (Posner, 1981). De la unión de estos tres presupuestos, es fácil concluir –como lo argumenta Posner– que: (i) las normas jurídicas están ahí para regular dichas elecciones de individuos que se asumen racionales; (ii) que la finalidad de tales normas es prevenir el desperdicio de recursos, y que por tanto, el objetivo de aquellas es utilizar los recursos de una sociedad de la manera más eficiente posible (Polinsky, 1974, p. 1665), o dicho en términos más rigurosos, que el fin del derecho es maximizar la riqueza de una sociedad, y finalmente, (iii) que tales elecciones individuales ocurren en mercados explícitos, de los que suelen ocuparse áreas ‘económicas’ del derecho como el derecho de contratos, el derecho corporativo, el derecho fiscal, el derecho de la competencia; pero también, que el mismo tipo de elecciones ocurren indistintamente por fuera de los mercados; esto es, en escenarios de los que se suelen ocuparse otras áreas del derecho como el derecho de daños, el derecho de familia, el derecho penal, el derecho procesal, etc.

Las ideas fundamentales que sustentan *Economic Analysis of Law* no solo determinan la estructura del libro, sino que también explican su éxito y relevancia en la literatura y la educación jurídica, entre otras, este texto ha sido reconocido como uno de los diez libros de derecho más citados publicados en los últimos 30 años del siglo XX (Shapiro, 2000), y ha contribuido al destacado posicionamiento de Posner como el académico jurídico más citado de todos los tiempos hasta la fecha (Shapiro, 2021).

Al respecto, creo que dentro de la literatura y la educación jurídica existen al menos dos razones que explican el éxito e importancia de *Economic Analysis of Law*: (i) su versatilidad para utilizarse como un texto que puede incorporarse dentro de cualquier área o curso de derecho, y (ii) que más que un libro para que los juristas aprendan de economía, se trata de un texto de derecho escrito para juristas y estudiantes de derecho.

Sobre la versatilidad del texto, vale destacar que, a lo largo de sus nueve ediciones, *Economic Analysis of Law* ha mantenido una estructura que se convirtió en un canon que siguieron otros manuales de texto de ‘análisis económico del derecho’. Esto es, el libro se divide en una primera parte que ocupan cerca del 5% del texto conformada por un primer capítulo en el que Posner explica qué es la economía, seguido de un segundo capítulo de no más de diez páginas en las que explica qué es el ‘análisis económico del derecho’. La segunda parte del libro, es decir, el otro 95%, está dividido hoy en 29 capítulos adicionales, cada uno abordando un área diferente del derecho. Estos capítulos comienzan con el ‘derecho de propiedad’ (capítulo 3) y culminan con un capítulo añadido en la última edición del libro en 2014, que trata sobre el ‘derecho comparado’ y el ‘derecho internacional’ (capítulo 31). Esta estructura permite que cualquier persona, ya sea un jurista, estudiante o profesor de derecho, pueda integrar fácilmente el texto de Posner en su propia área de estudio. Así, incluso para quien nunca ha tomado un curso o texto de economía, le basta con estudiar los primeros dos capítulos de *Economic Analysis of Law* y luego proceder directamente a cualquiera de los otros 29 capítulos, dependiendo del área específica del derecho en la que desee profundizar.

Anudado a lo anterior, una segunda razón que explica el éxito e importancia de *Economic Analysis of Law* es que es un libro extraño en el sentido de que, si bien ya dijimos, su objetivo es demostrar que cualquier problema jurídico puede ser analizado desde la teoría económica, no es un libro de economistas ni para aprender de economía, sino que no deja de ser un texto de juristas para aprender sobre el derecho. Al respecto, es cierto que las mencionadas ideas económicas que fundamentan *Economic Analysis of Law* desde sus primeras páginas puedan resultar extrañas para muchos juristas y estudiantes de derecho; sin embargo, esta circunstancia quizá está determinada por una cuestión del lenguaje en el sentido de que los economistas suelen insistir en que: sus pares abogados solo pueden hacer 'análisis económico' si es que primero aprenden de aquellos la técnica y el lenguaje en que se escribe la economía.

Sobre este particular, incluso desde la primera edición de *Economic Analysis of Law*, ya se reconocía que la formación básica y las especializaciones en las diversas ramas del derecho rara vez incentivan al estudiante o al jurista a adquirir conocimientos que evidencien y permitan comprender que lo que estudia y hace aquel efectivamente se trata de un problema abordable desde la teoría económica (Deweese, 1974, p. 321). Una de las razones de ello –que sigue siendo hoy evidente– es que incluso desde la preparación de los estudiantes en las escuelas de derecho, los cursos e incluso los manuales básicos de economía no suelen ser diseñados ni son apropiados para atraer a esos estudiantes hacia la economía. En concreto, el uso de las matemáticas, gráficas y ecuaciones que suelen ser tan apreciados por muchos economistas, es no obstante un lenguaje incomprensible y que desanima a la mayoría de los juristas. Si bien algunos han echado de menos la ausencia del lenguaje matemático desde la primera edición de *Economic Analysis of Law* (Diamond, 1974), creo que ello, en lugar de un defecto del libro es en realidad una de sus mayores cualidades pues, salvo algunas pocas gráficas y ecuaciones sencillas. Posner no diseñó el libro como un texto para aprender de economía o que se vale del lenguaje de los economistas para comprender del derecho, sino que su éxito estriba en que, sin comprometer en absoluto el rigor que exige el análisis económico, Posner diseñó el libro manteniendo siempre un lenguaje estrictamente jurídico con el fin de que fuera más comprensible y dirigido a la formación de estudiantes de derecho y juristas.

A manera de conclusión, a cincuenta años de la publicación de *Economic Analysis of Law*, podemos afirmar que este libro ha significado mucho más que un simple hito en el análisis económico del derecho. Posner logró con esta obra trascender la visión de varios economistas que, si bien se destacan por sus aportes a una mejor comprensión del derecho, han recibido reconocimiento principalmente dentro de la propia economía, incluso con el Premio Nobel (Coase, Becker y Stigler). La versatilidad del texto de Posner, estructurado para ser accesible a juristas y estudiantes de derecho, haciendo para ello uso de un lenguaje jurídico comprensible, son elementos que han posicionado a *Economic Analysis of Law* como uno de los libros de derecho más citados en la doctrina jurídica, y que, sin duda, seguirá siendo por varias décadas una fuente de referencia indispensable para quienes buscan aplicar y comprender mejor el derecho y sus instituciones.

## BIBLIOGRAFÍA

- Becker, G. (1968). "Crime and Punishment: An Economic Approach". *Journal of Political Economy*, 76(2), 169-217.
- Coase, R. (1960). "The Problem of Social Cost". *Journal of Law and Economics*, 3, 1-44.
- Deweese, D. N. (1974). "Review: Economic Analysis of Law by Richard A. Posner". *The University of Toronto Law Journal*, 24(3), 320-323.
- Diamond, P. (1974). "Review: Posner's Economic Analysis of Law". *The Bell Journal of Economics and Management Science*, 5(1), 294-300.
- Kornhauser, L. (1988). "The New Economic Analysis of Law: Legal Rules as Incentives", en N. Mercurio, *Law and Economics (Recent Economic Thought)*. 27-55. Springer.
- Marciano, A., & Harnay, S. (2009). "Posner, Economics and the Law: From Law and Economics to an Economic Analysis of Law". *Journal of the History of Economic Thought*, 31(2), 215-232.
- Medema, S. (2011). "A case of mistaken identity: George Stigler, "The Problem of Social Cost," and the Coase theorem". *European Journal of Law and Economics*, 31, 11-38.
- Polinsky, M. (1974). "Economic Analysis as a Potentially Defective Product: A Buyer's Guide to Posner's "Economic Analysis of Law"". *Harvard Law Review*, 87(8), 1655-1681.
- Posner, R. (1971). "Killing or Wounding to Protect a Property Interest". *Journal of Law & Economics*, 14(1), 201-232.
- Posner, R. (1981). "The Present Situation in Legal Scholarship". *Yale Law Journal*, 90, 1113-1130.
- Posner, R. (1993). "Gary Becker's Contributions to Law and Economics". *The Journal of Legal Studies*, 22(2), 211-215.
- Posner, R. (2014). *Economic Analysis of Law*. New York: Wolters Kluwer Law & Business.
- Shapiro, F. (2000). "The Most-Cited Legal Books Published Since 1978". *The Journal of Legal Studies*, 29(S1), 397-405.
- Shapiro, F. (2021). "The Most-Cited Legal Scholars Revisited". *The University of Chicago Law Review*, 88(7), 1595-1618.