

# **EFICIENCIA VERSUS EQUIDAD**

## **DILEMA APARENTE EN EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO**

**Carlos Diego MARTINEZ CINCA**

**Alejandro TRAPÉ**

**Juan Carlos GARCÍA OJEDA**

**Mendoza, Agosto 2020**



# EFICIENCIA VERSUS EQUIDAD

## DILEMA APARENTE EN EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Carlos Diego MARTINEZ CINCA  
Alejandro TRAPÉ  
Juan Carlos GARCÍA OJEDA<sup>1</sup>

El presente proyecto pretende poner en valor el estado actual de la cuestión en particular con referencia a una larga disputa entre economistas y juristas acerca de los fines esenciales que un buen gobierno debe perseguir. En efecto, desde el surgimiento, ascenso y consolidación del *Law and Economics* (Análisis Económico del Derecho), economistas y juristas han disputado por más de cincuenta años la cuestión de si un buen gobierno debe priorizar la eficiencia por sobre la equidad entre sus fines esenciales, o a la inversa. La discusión encierra uno de los tópicos centrales de la filosofía política, en cuanto que de su correcta resolución dependerá la orientación que habrán de tener, en el futuro, la mayor parte de las políticas públicas.

La puesta en valor de esta cuestión, a la que el presente proyecto aspira, obedece a varias razones, entre las cuales se destacan las siguientes:

Ha transcurrido ya el tiempo suficiente para la consolidación de un paradigma interdisciplinar de las ciencias sociales (el *Law and Economics*), que en términos de Thomas Kuhn se encontraría en una etapa de “madurez” como para dar respuestas claras a este aparente dilema.

En nuestra Facultad, en la que reciben su formación jurídica y económica gran parte de los futuros hacedores de políticas públicas en la región, la clara intelección de los problemas que entraña este aparente dilema resulta de vital importancia.

El país y la región se encuentran atravesados por una serie de convulsiones políticas que, bien vistas, se originan en la dificultad para dar respuestas respuesta clara al dilema aparente entre eficiencia o equidad.

---

<sup>1</sup> En el presente proyecto han actuado como colaboradores los estudiantes **Javiera Salas Zorrila** y **Juan Manuel Peinado**, autores de los casos de aplicación que se presentan en los Anexos.

## 1. Objetivos del trabajo

El objetivo general de este trabajo es contribuir a la clarificación de las consecuencias políticas y sociales que entraña la opción entre eficiencia o equidad en el diseño de las políticas públicas y avanzar en la posibilidad de su armonización.

Los objetivos específicos son:

- Promover un ámbito de discusión académica en nuestra Facultad en torno al impacto que ha tenido y tiene actualmente en la región el *Law and Economics*, a 60 años de la aparición del “Teorema de Coase”.
- Suscitar un interés genuino de los hacedores provinciales de políticas públicas por las consecuencias políticas y sociales que entraña la opción aparentemente dilemática a favor de la eficiencia o de la equidad.
- Identificar las “áreas de armonía” en las cuales fuere posible avanzar en ambos aspectos en forma integrada.
- Fortalecer la presencia de los investigadores y profesionales de la Facultad en los ámbitos jurídicos provinciales en los que la lógica y el lenguaje económico aún encuentran resistencias institucionales a su adopción.

La presente investigación partirá de la siguiente **hipótesis**:

*El dilema entre la eficiencia y la equidad como metas antinómicas de un buen gobierno es sólo aparente, por cuanto sería posible identificar “zonas de armonía” en el ámbito de las políticas públicas en las que resultaría posible encontrar algunos puntos de equilibrio capaces de contrarrestar el impacto de las “zonas de conflicto”*

Por “zonas de armonía” se entiende un núcleo básico de coincidencias entre los teóricos que promueven la eficiencia y los que promueven la igualdad, cuya intelección y promoción resulta vital para tornar viable un “buen gobierno democrático”. Por “zonas de conflicto” se entienden los márgenes que quedan a uno y otro lado de una frontera trazada por teóricos y enfoques radicalizados de la democracia de los que resulta imposible el acuerdo y sólo es viable la convivencia política por medio de un antagonismo constante.

El presente trabajo pretende rescatar y revalorizar una larga y vieja disputa entre economistas y juristas acerca de los fines esenciales que un buen gobierno debe perseguir. Desde el surgimiento, ascenso y consolidación del movimiento conocido como *Law and Economics* (L&E en adelante), economistas y juristas han disputado por más de cincuenta años la cuestión de si un buen gobierno debe priorizar la eficiencia por sobre la equidad entre sus fines esenciales, o a la inversa. La discusión encierra uno de los tópicos centrales de la filosofía política tanto como de la “economía normativa” –empleando la recordada expresión

de Milton Friedman<sup>2</sup>– en cuanto que de su correcta resolución depende la orientación de la mayor parte de las políticas públicas.

La puesta en valor de esta cuestión obedece a diversas razones. En primer lugar, ha transcurrido ya el tiempo suficiente para afirmar que el L&E se ha consolidado como un paradigma interdisciplinar de las ciencias sociales y por lo tanto, al encontrarse en lo que Thomas Kuhn llama la etapa de “madurez”, debería estar en condiciones de dar respuestas a este problema que surge del encuentro entre la Economía y el Derecho. En segundo lugar, en nuestra Facultad reciben su formación jurídica y económica gran parte de los futuros hacedores de políticas públicas en la región, por lo que la clara intelección de los problemas que entraña este aparente dilema resulta de vital importancia en la formación de nuestros graduados. En tercer lugar, el país y la región se encuentran atravesados por una serie de convulsiones políticas que, bien vistas, se originan en la dificultad para dar respuestas claras al dilema aparente entre eficiencia o equidad.

Formulado en términos diferentes a la común antinomia entre *eficiencia* y *equidad* (o cualquiera de sus variaciones), lo que en los difíciles tiempos del presente parece estar en juego –tanto en el país como en la región– es la opción aparentemente dilemática entre un modelo de gobierno centrado en el orden, la previsión, el respeto al Estado de Derecho y al crecimiento económico (todo ello resumido, a grandes rasgos, en el valor de la *eficiencia*, con un costo muy alto en términos de *igualdad*) y un modelo de gobierno centrado en la eliminación de las injusticias, de las dependencias estructurales, en la redistribución del ingreso y en el desarrollo (todo ello resumido, a grandes rasgos, en el valor de la *justicia* o *equidad*, con un costo muy alto en términos de *eficiencia*).

En el marco del presente trabajo (que forma parte de un proyecto más amplio y ambicioso<sup>3</sup>), se rescatará la importancia y el estado actual de la discusión en torno a esta urgente cuestión, revisando a grandes trazos la evolución histórica y el estatuto epistemológico ulterior del L&E.

Luego se identificarán, de modo muy general, posibles “zonas de armonía” y “zonas de conflicto” entre ambas opciones, tal como han hecho diversos autores que bogan por un “enfoque integrado” en América Latina que ponga el acento en la posibilidad de avanzar en ambos aspectos en forma simultánea.

Por último, y a modo de conclusión parcial del presente trabajo, se señalarán algunos lineamientos a tener en cuenta en la instrumentación de políticas públicas que podrían encajar mejor en una u otra zona, y que permitirían avanzar en “zonas de armonía” y en las estrategias conducentes a matizar el impacto de las políticas propias de las “zonas de conflicto”.

---

<sup>2</sup> FRIEDMAN, Milton. *Essays in Positive Economics*. Chicago, The University of Chicago Press, 1953.

<sup>3</sup> Proyecto aprobado por Resol. N° 1153/19-D *ad referendum* del CD de la Facultad de Ciencias Económicas UNCuyo.

Tal como se ha dicho para el caso de la Economía, el análisis económico del derecho tiene un enfoque positivo y un enfoque normativo. El enfoque de análisis normativo sirve para brindar prescripciones respecto de cuáles normas jurídicas son más adecuadas en una situación o en otra, según cuál sea el objetivo buscado por el legislador o, llegado el caso, el juez al tiempo de dirimir una controversia llevada a su ámbito de actuación.

En esta intención, el presente trabajo presentará un primer esbozo de propuesta tendiente a la elaboración y propuesta de un diseño inicial de estructura y operatividad de un “*laboratorio de análisis económico del derecho*”. La misión y función prevista para este laboratorio será articular desde la Facultad, actividades de capacitación y asistencia técnica a través del análisis de impactos y apoyo directo a organismos de las funciones judiciales legislativas y ejecutivas de gobierno estadual y local de la Provincia de Mendoza. El laboratorio propuesto se desplegará bajo la impronta de funcionamiento propio de una unidad consultiva.

## **2. Relaciones con la investigación y la docencia en la facultad de Ciencias Económicas de la UNCuyo.**

El presente proyecto de investigación explora de manera directa una de las cinco líneas prioritarias de investigación definidas en la Ordenanza 3/15-CD (Título II, Artículo Cuarto, Numeral E: Estudios del Sector Público).

También se vincula de manera directa con tres descriptores contenidos en el nuevo Plan de Estudios aprobado por el C.D. (T.O. 2014) para la Asignatura n° 30 (Filosofía), del Área Social y Humanística: “Tradición clásica y tradición moderna de la filosofía práctica”, “Individuo y Estado Moderno”, y “Ciudadano y Contrato Social”.

Por otra parte se relaciona con el Capítulo I del programa de Política Económica Argentina (2020), en el punto que se refiere al conflicto entre eficiencia económica y equidad distributiva en el diseño de las políticas económicas.

Finalmente, la presente investigación guarda relación directa con las unidades 3 y 4 del programa vigente (2015) para dicha asignatura (Unidad 3: “La concepción moderno-absolutista del hombre y del estado”; Unidad 4: “La concepción moderno-liberal del hombre y del Estado”).

## **3. El estatuto epistemológico actual del L&E<sup>4</sup>**

---

<sup>4</sup> El presente apartado, con las actualizaciones necesarias, es adaptación de una publicación anterior: “El *Análisis Económico del Derecho*: Semblanza de un Estatuto Epistemológico en Perspectiva Bicentenario”, en MEDINA ROMERO, Miguel Á. - ON’ETAMBALAKO, Jean Cadet O. - ACEVEDO VALERIO, Víctor Antonio (Coords.), *Derecho y Ciencias Sociales. Perspectivas Bicentenarios Latinoamericanas*. Ed. Cienpozueros - Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, México, 2011, pp. 339-373.

La evolución histórica del L&E, analizada en los términos de las “revoluciones científicas” que describe Thomas Kuhn en su más conocida obra<sup>5</sup>, muestra dos llamativas características que este apartado del trabajo intentará justificar y argumentar:

a) Ningún otro campo disciplinar en el área de las ciencias sociales parece haber integrado de un modo tan homogéneo y uniforme –aunque por cierto en medio de fuertes críticas– los enfoques científicos en torno a las pretensiones normativas comunes al Derecho y a la Economía como lo ha hecho el “nuevo L&E” (“nuevo” si aceptamos la distinción formulada por Richard Posner en relación a un “viejo L&E” iniciado a fines del siglo XVIII<sup>6</sup>);

b) Semejante intento de integración disciplinar en los dos últimos siglos ha dado como resultado la consolidación de un paradigma epistemológico que ha podido madurar en los términos de la “ciencia normal” descrita por Thomas Kuhn en *La estructura de las revoluciones científicas*. De hecho, científicos pertenecientes a una tercera generación del “nuevo L&E” se encuentran tras la búsqueda de nuevas herramientas y métodos superadores de algunas de sus contradicciones y deficiencias, lo que permitiría avizorar el ingreso del L&E en el estado de la ciencia “anómala” o del “paradigma en crisis” (siempre en los términos empleados por Kuhn)<sup>7</sup>.

Este singular estatuto epistemológico del L&E justifica, entonces, un breve bosquejo histórico de su evolución científica en un trabajo que pretenda arrojar luz sobre el dilema aparente entre *eficiencia* y *equidad*, particularmente sobre el debate que ese dilema genera en nuestro país y en la región. Sin embargo, existe un prejuicio que conviene señalar desde el inicio para evitar malentendidos. Dicho prejuicio, expuesto de la manera más cruda, se refiere al carácter “imperialista” del L&E, precisamente cuando lo que se pretende es una perspectiva *latinoamericana* del dilema antes señalado. Es sabido que el L&E ha tenido una presencia más bien tibia en la investigación académica y en la enseñanza universitaria de la región, como ponen de manifiesto Andrés Roemer y José Diego Valadés<sup>8</sup>. Pero además resulta evidente para cualquiera que estudie la génesis histórica del L&E que su ascendiente intelectual sobre la *Legal Theory* en los últimos 50 años ha estado estrechamente ligado a

---

<sup>5</sup> KUHN, Thomas. *La estructura de las revoluciones científicas*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2004

<sup>6</sup> POSNER, Richard. “Economic Approach to Law” en *Texas Law Review*, Vol. 53, n° 4, 1975, pág. 758 y ss.

<sup>7</sup> Para una interpretación del L&E en términos de “ciencia normal” o “ciencia madura”, véase BRENNER, Reuven, “Economics –An Imperialist Science?” en *Journal of Legal Studies*, Vol. 9, 1980, pág. 179-188. En cuanto a la crisis superadora del modelo pueden consultarse los trabajos de la corriente conocida como *Behavioral Law and Economics*: JOLLS, Christine - SUNSTEIN, Cass R. - THALER, Richard, “A Behavioral Approach to Law and Economics” en *Stanford Law Review*, Vol. 50, n° 5, 1998, págs. 1471-1550; KOROBKIN, Russell B.-ULEN, Thomas S. “Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics” en *California Law Review*, Vol. 88, n° 4, 2000, págs. 1051-1144.

<sup>8</sup> Vid. ROEMER, Andrés - VALADÉS, José Diego. “Law and Economics in Mexico” en *Encyclopedia of Law And Economics*, Vol. 1, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2000, págs. 262-273.

Gary Becker, a Ronald Coase, a Richard Allen Posner y a la dominante Escuela de Chicago, a quienes no podría identificarse con una perspectiva *latinoamericana* del Derecho sin provocar la sorpresa de quienes han oído hablar alguna vez del “Consenso de Washington”<sup>9</sup>, de los ajustes económicos, de la reducción del Estado o del crecimiento con desigualdad (aun cuando ni Posner ni la Escuela de Chicago sean los responsables directos de la implementación de tales prácticas políticas en la región)<sup>10</sup>.

A este primer reparo hay que contestar que el L&E tiene, como se verá a continuación, dos largos siglos de historia, y que su génesis y evolución no están ligados necesariamente a la Escuela de Chicago, como se cree habitualmente. Esa historia analizada con rigor revela, por otra parte, un rasgo interesante de la relación entre el Derecho y la Economía, que en gran medida funda otro de los prejuicios contra el L&E. Este otro prejuicio tiene que ver con la resistencia experimentada por el L&E en la región. Resistencia de parte de los jueces, formados en una tradición “legalista” y “dogmática”, preocupados más por las categorías, las definiciones y los principios que por los “incentivos” o propósitos sociales del Derecho, como reconocen Roemer y Valadés<sup>11</sup>. Resistencia, también, de parte de los académicos interesados, como es natural, en los aspectos normativos del Derecho y en las diferentes y ricas dimensiones de la razón práctica que el L&E reduce, por cierto, a racionalidad instrumental, es decir, a racionalidad sólo de medios eficientes para cualesquiera fines que sean “dados”<sup>12</sup>. Resistencia, por último, de gran parte de los *decision-makers* vernáculos (legisladores, políticos y gestores de la “cosa pública”) que rara vez se atreven a asumir públicamente las consecuencias políticas de la persecución de la eficiencia por sobre la

---

<sup>9</sup> El término “consenso de Washington” comenzó a utilizarse a finales de los 80s para resumir una serie de tópicos y recomendaciones políticas, a los que recurrieron varias instituciones de asesoramiento político (con sede en Washington) y organismos multilaterales de crédito. Incluía diez amplios grupos de recomendaciones políticas relativamente específicas sobre aspectos tales como: disciplina fiscal, redirección del gasto público, reforma tributaria, tasa de interés y tipo de cambio, liberalización del comercio, privatizaciones de empresas estatales, desregulación del mercado y, seguridad jurídica para los derechos de propiedad.

<sup>10</sup> Para un estudio de los orígenes decimonónicos y posterior evolución del movimiento conocido como *Law and Economics* (Economía y Derecho), véase MACKAAY, Ejan. “History of Law and Economics” en *Encyclopedia of Law And Economics*, Vol. 1, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2000, págs. 68 y ss. Para un análisis conceptual de su posterior transformación en *Economic Analysis of Law* (Análisis Económico del Derecho), puede verse HARNAY, Sophie - MARCIANO, Alain. “Posner Economics and the Law: From «Law and Economics» to an Economic Analysis of Law” en *Journal of the History of Economic Thought*, Vol. 31, n° 2, 2009, págs. 215-232.

<sup>11</sup> ROEMER, Andrés - VALADÉS, José Diego. “Law and Economics in Mexico”, pág. 265.

<sup>12</sup> En relaciones a las deficiencias normativas del modelo y a las numerosas críticas recibidas desde distintos ángulos y perfiles de la Filosofía del Derecho tanto como de la propia ciencia económica, véase MARTÍNEZ CINCA, Carlos D. *La justicia como recurso económico. Un análisis crítico del Análisis Económico del Derecho*. Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, 2010, pág. 162 y ss.



igualdad, una especie de *trade-off* o compensación difícil de aceptar pero claramente implícita en la esencia misma del L&E, como Richard Posner lo ha destacado con singular claridad<sup>13</sup>.

Sin embargo esas resistencias forman parte de la “larga historia” del L&E que exige su relectura desde una perspectiva crítica; crítica no porque pretenda demostrar que el L&E esté equivocado ni que la dogmática jurídica continental-europea en que han sido formados nuestros juristas haya recorrido el camino correcto, sino porque sólo a través de un análisis crítico de las limitaciones que la ciencia económica posee en su actual configuración epistemológica se podrán apreciar plenamente sus posibles contribuciones al Derecho y a las restantes ciencias sociales, como sostiene Veljanovsky<sup>14</sup>.

En consecuencia, el primer apartado de este trabajo realiza una lectura crítica de los orígenes y fundamentos del L&E mediante el tratamiento dialéctico de dos fuentes diferentes: un relato “oficial” procedente de la *main-stream* del modelo, en boca de Richard Posner, y el relato “disidente” de la tradición europea en boca de Ejan Mackaay (un académico de menor fama y celebridad que el jurista norteamericano pero algo más ecuánime y objetivo en el estudio de las fuentes históricas del L&E). El contrapunto dialéctico de ambos relatos no persigue sólo un propósito descriptivo en el tratamiento de las fuentes, ya que existen razones para sospechar que la maduración epistemológica del modelo ha estado también ligada a la re-escritura de su propia *génesis*, según quién haya sido el autor del relato.

#### 4. La perspectiva histórica de la *main-stream*

Richard Posner distingue un “viejo” L&E de un “nuevo” L&E, tomando tres criterios como baremo de la distinción: a) las diversas materias que han sido su objeto de estudio; b) los diferentes métodos empleados en el abordaje de la realidad jurídica; y fundamentalmente c) la actitud que sus principales cultores mantenían respecto de las dos disciplinas sociales en juego<sup>15</sup>.

Siguiendo su línea de pensamiento, el “viejo L&E” se caracterizaría por una mera yuxtaposición de la Economía y el Derecho, como si fuesen dos planos sociales en relación permanente y recíproca. En los esfuerzos por acercar Economía y Derecho la investigación se centraba en las contribuciones que una ciencia podía hacer a la otra. Los economistas, por ejemplo, incluían en sus esquemas analíticos las consideraciones de los condicionamientos y efectos generados por las leyes, y los juristas por su parte hacían un verdadero esfuerzo por contextualizar su discurso en el ámbito social y económico real en que se desenvolvían las leyes. La revuelta contra el *formalismo jurídico* iniciada en las primeras décadas del siglo XX por el célebre juez estadounidense Oliver Wendell Holmes, origen del movimiento conocido

---

<sup>13</sup> Véase POSNER, Richard. “Equality, Wealth, and Political Stability” en *Journal of Law, Economics, & Organization*, Vol. 13, nº 2, 1997, pág. 344 y ss.

<sup>14</sup> VELJANOVSKY, Cento G. “The Economic Approach to Law: A Critical Introduction” en *British Journal of Law and Society*, Vol. 7, nº 2, 1980, pág. 160.

<sup>15</sup> Véase POSNER, R. “Economic Approach to Law”, pág. 758 y ss.

como *realismo jurídico* norteamericano, constituyó un importante antecedente de lo que sería más tarde el “nuevo L&E”<sup>16</sup>.

En el mejor de los casos, los postulados económicos eran tenidos en cuenta para determinar el ajuste de las leyes a los objetivos perseguidos, o más precisamente, para determinar las diversas ventajas que se seguían de las alternativas presentes en la toma de decisiones legales por parte del jurista. Así, en la regulación de los monopolios y de los servicios públicos era inevitable atender a los análisis provenientes de la ciencia económica si el legislador pretendía una solución eficiente para un problema estrictamente económico.

En resumidas cuentas, durante la etapa del “viejo L&E” los economistas le proporcionaban datos útiles al jurista y al legislador a la hora de hacer más eficaces las leyes en materias económicas, pero ni los juristas eran economistas, ni las leyes o sentencias de los jueces eran considerados por ellos *elecciones racionales* o *maximizadoras* en el sentido en que lo hace el actual L&E. Como dice Ejan Mackaay, coincidiendo aquí con Posner:

“El [L&E] considera de manera explícita las instituciones legales no como dadas fuera de un sistema económico, sino como variables endógenas, y observa los efectos de alterar una o más de ellas sobre los restantes elementos del sistema. En el Análisis Económico del Derecho las instituciones legales no se abordan como algo establecido fuera del sistema económico, sino como parte de las elecciones que se deben explicar”<sup>17</sup>

Según Posner, el nuevo L&E tiene partida de nacimiento con fecha cierta: la publicación de los estudios de Coase, Calabresi y Becker a comienzos de los años sesenta (siglo XX), porque como dice reiteradas veces el jurista de Chicago, los suyos fueron los “primeros intentos modernos de aplicar el análisis económico de manera *sistemática* a las áreas del Derecho que *no* regulaban relaciones consideradas *expresamente* económicas”<sup>18</sup>. Pero el modo en que Posner relata los orígenes del L&E (distinguiendo entre un “viejo” y un “nuevo L&E”) tiende a sobredimensionar la originalidad del actual movimiento, como sostiene acertadamente Mackaay<sup>19</sup>. En efecto, Mackaay ha escrito una historia fiel y desapasionada del L&E, de importantes dimensiones, y su relato tiene la ventaja de juzgar en una perspectiva histórica, erudita y diáfana a la vez, el sentido general de los diversos

---

<sup>16</sup> El epígrafe del “Manual” de R. Coater y Th. Ulen (*Law and Economics*, Boston, Pearson Addison Wesley, 2004) está dado por una cita célebre del juez Holmes: “Para el estudio racional del Derecho el hombre de portafolios negros puede ser el hombre del presente, pero el hombre del futuro es el hombre de las estadísticas y el señor de la Economía” (tomada de HOLMES, O. W. “The Path of the Law”, en *Harvard Law Review*, Vol. 10, 1897, pág. 469).

<sup>17</sup> MACKAAY, Ejan. “History of Law and Economics”, pág. 65.

<sup>18</sup> POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. New York, Aspen, 2003, pág. 24 (itálicas en el texto).

<sup>19</sup> Véase MACKAAY, Ejan. *Op. Cit.*, pág. 66.

períodos por los que ha ido atravesando el L&E desde sus orígenes hasta el presente<sup>20</sup>. Sostiene, para empezar, que

“recientes investigaciones históricas han mostrado que ya en el siglo XIX existía en Europa un vasto movimiento académico cuya ambición era mostrar cómo era posible adquirir una mejor comprensión del Derecho mediante el empleo de métodos y conceptos económicos”<sup>21</sup>

Pero lo más interesante es que, en su opinión, el estudio de las raíces del L&E podría ayudar a comprender “las razones tanto de su inicial atracción como de su ulterior declive” en las diversas fases de su historia, y para el actual movimiento una perspectiva histórica más profunda debería prevenirlo contra la creencia de que “su actual comprensión le proporcione una consideración ya definitiva del sistema legal”<sup>22</sup> –en clara alusión al enfoque “dominante” de Chicago, cuya pretensión es exactamente ésa–. Esta actitud de cautela histórica es necesaria, pues han sido muchas las voces que sostienen que el L&E ya ha tocado su techo<sup>23</sup>. Para un conocedor conspicuo del L&E como es el Profesor Mackaay, “el estudio de los primeros movimientos puede indicarnos la agenda de investigación que debemos adoptar si queremos que el actual movimiento continúe”<sup>24</sup>.

Por otra parte la reciente evolución que el L&E ha experimentado por obra de las llamadas corrientes minoritarias o disidentes (institucionalistas, neo-institucionalistas, austríacos, historicistas, etc.) permitiría creer que el L&E ha recuperado algunas de sus

---

<sup>20</sup> Sus estudios en torno a la génesis histórica del L&E son numerosas, amplios, y bien argumentados. Ya en los ochenta había comenzado a interesarse por los orígenes históricos del L&E; véase MACKAAY, Ejan. “La règle juridique observée par le prisme de l'économie”, en *Revue Internationale de Droit Économique* (Université de Boeck), 1986, pág. 42 y ss.

<sup>21</sup> MACKAAY, Ejan. “History of Law and Economics”, pág. 66. Se refiere principalmente a las investigaciones de ENGLARD, Izhak. “Victor Mataja’s Liability for Damages from an Economic Viewpoint: A Centennial to an Ignored Economic Analysis of Tort”, en *International Review of Law and Economics*, nº 10, 1990, págs. 173 y ss., y a las de PEARSON, Heath. *Origins of Law and Economics - The Economists’ New Science of Law: 1830-1930*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

<sup>22</sup> MACKAAY, Ejan. *Ibidem*.

<sup>23</sup> Ellickson decía ya en 1989 que “el Análisis Económico del Derecho no está creciendo más como fuerza académica o curricular dentro de las Facultades de Derecho líderes en Norteamérica. Simplemente está conservando, más bien, el terreno ya ganado” (ELICKSON, Robert. “Bringing Culture and Human Frailty to Rational Actors: A Critique of Classical Law and Economics” en *Chicago-Kent Law Review*, nº 65, 1989, pág. 26).

<sup>24</sup> MACKAAY, Ejan. *Ibidem*. Para Richard Posner, sin embargo, esta actitud de cautela es innecesaria, porque como dice en el Prefacio de su sexta edición de *EAL*, “la marcha de las investigaciones ha sido tan rápida en los últimos años que en muchos tópicos me ha sido posible solamente remover la superficie”, hecho que interpreta como falsación de las predicciones de un historiador del Derecho de Harvard, Morton Horwitz –entre otros *scholars* críticos del L&E– que en 1980 afirmaba: “Tengo la fuerte impresión de que el Análisis Económico del Derecho ha tocado su techo como última moda en la Filosofía del Derecho” (véase POSNER, R. *Economic Analysis of Law*, Prefacio, pág. XX)

primitivas raíces, una razón más para conocer bien su historia. Como dice Mackaay, el L&E hereda de su ciencia madre –la Economía– las controversias y discusiones que en su seno se suscitan, por eso no es extraño que la crisis experimentada los últimos años por la ciencia económica en torno a los métodos y modelos se haya trasladado también al L&E<sup>25</sup>.

Por último, la atendible queja de un autor español respecto del abordaje unilateral del L&E (desde Posner y el enfoque de Chicago) constituye otra razón más para considerar con cuidado su historia y evolución. En efecto, Ortiz de Urbina Gimeno sostiene que “las precomprensiones en contra del L&E son tan fuertes que en no pocas ocasiones su crítica procede con omisión de las más elementales normas de debate académico; se juzga a todo el L&E por las aportaciones que unos pocos autores realizaron hace ya algunos años, sin tan siquiera pararse a considerar la evolución de su pensamiento”<sup>26</sup>. Cuando dice “unos pocos autores” y “hace algunos años” se refiere concretamente a Posner, y se queja de que las obras incluso más serias, como es la de Mercado Pacheco en España<sup>27</sup>, terminen dedicando la mayor parte de sus esfuerzos a retratar y criticar el análisis posneriano, “otorgando una muy escasa atención a otros enfoques”. Sin embargo, existen graves y poderosas razones para dedicar especial atención al enfoque histórico de Posner. No es la ocasión de analizarlas aquí, pero a modo de justificación general vale señalar que Richard Posner ha sido durante décadas el líder intelectual del L&E en la medida en que ha sido el único académico que puso manos a la obra en la ciclópea tarea de elevar el L&E al carácter de *teoría general del Derecho*, trabajando con innegable amplitud los aspectos normativos del L&E que una teoría general del Derecho no podría soslayar, y sosteniendo fuertes debates en la comunidad científica de los filósofos del Derecho de Norteamérica y Europa. La madurez epistemológica alcanzada por el L&E ha sido mérito de Posner, en una medida imposible de medir con exactitud pero ciertamente insoslayable.

## 5. En busca de una perspectiva histórica más amplia

---

<sup>25</sup> Como dice E. Mackaay: “Desde los ochenta desapareció el bello consenso sobre el método y la agenda, generado por las primeras ediciones del manual de Posner (1972, 1977), sólidamente estructurado sobre las intuiciones de la economía neoclásica” (MACKAAY, *Op. Cit.*, pág. 67). Para una visión “interna” de la crisis metodológica de la Economía, *vid.* BOETTKE, Peter J. “Where did Economics Go Wrong? Equilibrium as a Flight from Reality”, en *Critical Review*, n° 11, 1997, págs. 11-64; para una visión “desde fuera”, *vid.* CONILL SANCHO, Jesús. *Horizontes de Economía Ética*, Madrid, Tecnos, 2006 pág. 34, 141 *et passim*.

<sup>26</sup> ORTIZ de URBINA GIMENO, Iñigo. “El Análisis Económico del Derecho: ¿método útil, o ideología nefasta?”, en AA.VV. *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica* (Ed. Christian COURTIS, Pról. Manuel ATIENZA), Madrid, Trotta, 2006, pág. 322.

<sup>27</sup> MERCADO PACHECO, Pedro. *El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica*. Ahora, si se lee bien esta excelente obra se podrá advertir que el reproche de Ortiz de Urbina es infundado, ya que, además de las continuas referencias que Mercado Pacheco hace en distintas ocasiones a la diversidad de enfoques, hay en ella un capítulo entero dedicado a “El L&E como fenómeno no homogéneo. Las diversas tendencias” (pág. 58-65)

Ejan Mackaay propone estudiar la historia del L&E dividiéndola en 3 fases que denomina: 1) los “precursores”; 2) la “primera ola”; y 3) la “segunda ola”. En la tercera fase distingue cinco momentos, algunos de los cuales se superponen: a) los comienzos; b) la propuesta del paradigma; c) la aceptación del paradigma en las universidades (1973-1980); d) el cuestionamiento del paradigma (1976-1983); y e) el “temblor” del movimiento, de 1983 en adelante.

En relación a la primera fase, Mackaay cita numerosos estudios que muestran a Maquiavelo, a Hobbes, a Adam Smith, a David Hume, y a Rousseau como verdaderos “precursores” del L&E. Fueron precursores porque, en diversos pasajes de sus obras, estos autores modernos aplicaron conceptos económicos al análisis político de las sociedades cuya organización constituía su principal preocupación. Sin embargo, “todos esos escritos no lograron sumar a favor de una comprensión *sistemática* del Derecho mediante un modelo de elección racional”<sup>28</sup>. Vale decir, no lograron insertar sus intuiciones en un modelo o paradigma científico.

En la historia de los paradigmas científicos –si aceptamos el planteo de Thomas Kuhn en *La estructura de las revoluciones científicas*– es frecuente observar que durante décadas numerosos investigadores han tenido una larga serie de intuiciones en torno a la posible solución de un determinado problema, pero sin llegar a elaborar todavía una teoría científica o *paradigma* (en sentido amplio)<sup>29</sup>. En esa línea se suele decir que Tycho Brahe, por ejemplo, fue un precursor del modelo copernicano<sup>30</sup>. Lo que distingue a los precursores de los fundadores del modelo es que los primeros no han podido extraer consecuencias sistemáticas que sirvan para resolver problemas más amplios, o al menos diferentes, de los problemas iniciales. Ello ocurre recién en la fase de *maduración* o consolidación del paradigma en que ya se dispone de un modelo completo que se puede aplicar a la resolución de un universo de problemas. De la misma manera, los precursores del L&E sólo aportaron intuiciones que habrían de encajar, posteriormente, en un marco teórico más amplio, coherente y ordenado, con el advenimiento de lo que Mackaay denomina “la primera ola”.

---

<sup>28</sup> MACKAAY, Ejan. “History of Law and Economics”, pág. 68.

<sup>29</sup> “Cualquier intento para ponerle fecha al descubrimiento debe ser, de manera inevitable, arbitrario, ya que el descubrimiento de un tipo nuevo de fenómeno es necesariamente un suceso complejo, que involucra el reconocimiento, tanto de *que* algo existe como de *qué* es” (KUHN, Thomas. *La estructura de las revoluciones científicas*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2004, pág. 97).

<sup>30</sup> En la teoría de Tycho Brahe, el Sol y la Luna giraban alrededor de la Tierra, mientras que Marte, Mercurio, Venus, Júpiter y Saturno giraban alrededor del Sol. Brahe estaba convencido que la Tierra permanecía estática en relación al Universo porque, si así no fuera, debería poder apreciarse los movimientos aparentes de las estrellas. (Vid. REALE, Giovanni – ANTISERI, Darío. *Historia del pensamiento filosófico y científico*, Vol. II, Barcelona, Herder, 2004, pág. 209).

Por su lado, Posner reserva el título de precursores del L&E sólo para Jeremy Bentham y Cesare Beccaria<sup>31</sup>. Admitir a Maquiavelo entre los precursores del L&E sería un exceso para Posner. Que el historiador florentino haya instrumentado en su opúsculo más conocido un tipo de razonamiento instrumental basado en el costo-beneficio de la toma de decisiones políticas no lo habilita como un precursor del L&E, porque para ello se requiere el empleo de ciertas herramientas elementales de análisis económico cuyo primer uso estuvo reservado a Beccaria y a Bentham, en su opinión<sup>32</sup>.

Cesare Bonesara, *Marchese di Beccaria* (1738-1794), fue una de esas figuras intelectuales que Joseph Schumpeter identifica como “típicos productos de la educación jesuítica”<sup>33</sup>. Alcanzó fama internacional de penalista por una obra que la dogmática jurídica considera de forma unánime como la carta fundacional del derecho penal liberal e ilustrado: *Dei delitti e delle pene* (1764). En 1768 ocupó una cátedra de Economía en Milán que le permitió encarar el estudio pormenorizado de muchas cuestiones económicas en las que tuvo ocasión de mostrar su genio particular. En sus *Elementi di economia pubblica*, cuya primera edición italiana data de 1804 –aunque había sido escrita unos veinticinco años antes– se encuentran las primeras vinculaciones *analíticas* entre el Derecho y la Economía. Beccaria realizó en ella un análisis de los delitos y las penas desde la perspectiva del daño y el beneficio que proporcionaban a la sociedad, bastante lejos de las costumbres científicas de la época.

Según Beccaria el contrabandista se preguntaba, por ejemplo, cuál era la cantidad total de bienes que debía contrabandear para quedar sin pérdida ni ganancia, teniendo presente la proporción media de objetos de contrabando decomisados por las autoridades. Como dice Mercado Pacheco, es ésta la tesis central que comparten todos los partidarios del L&E (tanto los del enfoque mayoritario como los de los enfoques disidentes), y que Beccaria parece haber sido el primero en formular de manera explícita: *el Derecho cumpliría la función de crear los estímulos necesarios para el logro de la eficiencia*, ya sea mediante normas que faciliten el intercambio como paso previo a la maximización de la riqueza, o mediante normas que ejerzan una función disuasoria respecto de las conductas que no sean conducentes a tal fin<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> En relación a Bentham, Posner ha estudiado el carácter “precursor” de su obra en diversos artículos: “Blackstone and Bentham” en *Journal of Law and Economics*, Chicago, 1976, págs. 569-606 y “Bentham's Influence on the Law and Economics Movement” en *Current Legal Problems*, n° 51, Oxford University Press, 1998, págs. 425-439.

<sup>32</sup> “Bentham tradujo el principio de la felicidad del mayor número como una suerte de anfitrión de políticas públicas específicas que elaboró con gran detalle. Sus propuestas más conocidas estuvieron en el área del derecho penal, aunque –a excepción de su reforma carcelaria– tanto él como Blackstone tomaron de Beccaria la mayoría de sus ideas fundamentales en esa área” (POSNER, Richard. *The Economics of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1998, pág. 33).

<sup>33</sup> SCHUMPETER, Joseph A. *Historia del análisis económico*, Barcelona, Ariel, 1994, pág. 220 y ss. Lo compara con el padre de la economía clásica y llega a llamarlo el “Adam Smith italiano”.

<sup>34</sup> MERCADO PACHECO, Pedro. *El Análisis Económico del Derecho*, pág. 44.

La herramienta analítica que la ciencia económica proporciona para la comprensión de cuáles han de ser los estímulos o las sanciones necesarias para el logro de la eficiencia es conocida como “ley de la pendiente negativa de la demanda”, un concepto que en líneas generales establece que, mientras más alto sea el precio de una mercancía, menor será la cantidad que el consumidor demandará de la misma, y a la inversa. Si se entiende la conducta de los individuos como las mercancías cuyo intercambio se quiere aumentar o disminuir, la clave reside en saber cuáles han de ser los estímulos o las penas conducentes a uno u otro propósito. Como dice Posner al explicar los conceptos fundamentales sobre los que se asienta el L&E:

“La ley de la demanda no opera solamente sobre bienes con precios explícitos (...) Del criminal convicto que ha cumplido su sentencia se dice «que ha pagado su deuda con la sociedad», y un economista encuentra apta la metáfora. El castigo es, al menos desde el punto de vista del criminal (¿y por qué no desde el de la sociedad, al menos cuando el castigo se impone en la forma de una multa?) el precio con que la sociedad grava una ofensa delictiva. El economista predice que un incremento en la severidad del castigo o en la probabilidad de su sanción aumentará el precio del crimen y por consiguiente reducirá su incidencia”<sup>35</sup>

En definitiva, y tratando de explicitar el pensamiento de Richard Posner, podría decirse que la hipótesis de Beccaria en la historia del L&E –en la historia de la vinculación entre Derecho y Economía– fue algo así como la hipótesis de Tycho Brahe en la historia de la Astronomía: una suerte de transición entre dos modelos, del geocéntrico al heliocéntrico en Astronomía, de la yuxtaposición del Derecho y la Economía a la mutua pertenencia.

Sin embargo, el movimiento académico más amplio que cabe reconocer ya como un auténtico *análisis económico del Derecho*, y que Mackaay denomina “la primera ola”, se presenta hacia mediados del siglo XIX con caracteres más nítidos. Dicho movimiento –si cabe la expresión– es de origen europeo y se asocia al institucionalismo, en general, y a la llamada Escuela Histórica Alemana, en particular.

Es difícil dar una caracterización común de este amplio movimiento, porque como dice Paul Homan en un estudio ya clásico sobre la materia, los diversos proponentes del “punto de vista institucional” difieren tan marcadamente en sus opiniones sobre el propósito, el contenido y la metodología de la Economía, y los vínculos intelectuales entre ellos son tan débiles, que “el uso del término ‘escuela’ está justificado únicamente si se le concede a ese término el significado más vago posible”<sup>36</sup>. Pero lo significativamente importante de este primer movimiento del L&E está en el análisis que sus diversos proponentes realizaron en torno al *origen* y al *sentido* de las instituciones jurídicas de Occidente, ya que la insatisfacción con las respuestas dadas por la tradición heredada del iusnaturalismo hizo que diversos

---

<sup>35</sup> POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*, pág. 5.

<sup>36</sup> HOMAN, Paul. “La Escuela Institucional” en SPENGLER, Joseph y ALLEN, William R. (eds.) *El pensamiento económico de Aristóteles a Marshall*, Madrid, Tecnos, 1971, pág. 535. Entre los diversos proponentes del “punto de vista institucional”, la mayoría de los autores rescatan los nombres de John R. Commons, Gustave de Molinari, Carl Menger, Gustav Schmöller, Werner Sombart, y Adolph Wagner

autores buscasen la causa de la variación histórica de las instituciones jurídicas en los factores y condiciones económicas en que una determinada sociedad se gestaba y desarrollaba. Curiosamente, y a pesar de la distancia que lo separa de esta corriente, cuando Karl Marx expresó en los escritos posteriores a 1859 la idea de que “al cambiar la base económica, se revoluciona, más o menos rápidamente, toda la inmensa superestructura erigida sobre ella”<sup>37</sup>, al parecer estaba expresando una idea bastante difundida y aceptada entre los economistas europeos, como afirma Mackaay<sup>38</sup>.

Joseph Schumpeter sostiene que Adolph Heinrich Gotthilf Wagner (1835-1917) fue conocido por sus *Beiträge zur Lehre von den Banken* (Contribuciones a la teoría bancaria, 1857), *Die Geld und Credittheorie der Peel'schen Bankacte* (El dinero y la teoría crediticia de la Ley de Bancos “Peel”, 1862), *Grundlegung der Politischen Ökonomie* (Fundamentos de Economía Política, Leipzig, 1876), además de la impresionante *Finanzwissenschaft* (Ciencia de las Finanzas), compuesta de cuatro volúmenes publicados entre 1877 y 1901<sup>39</sup>. En la anteúltima de las obras mencionadas sostenía que las leyes eran el resultado del progreso de la economía, a tal punto que el ordenamiento legal evolucionaba por obra de los factores económicos. En su opinión, el Derecho debía ser estudiado y analizado, entonces, desde la perspectiva de alcanzar una satisfactoria distribución del ingreso, principal objetivo de la economía y consecuencia inevitable de todas las instituciones jurídicas.

La génesis y desarrollo de instituciones tan complejas como el capitalismo en sus distintos aspectos parece haber sido otro de los atractivos que estimularon las investigaciones de los autores institucionalistas. En los Estados Unidos de Norteamérica se destaca sobremanera la obra de John Rogers Commons. Para este autor, padre del institucionalismo norteamericano, los modelos de los economistas clásicos partían de la consideración del hombre como individuo aislado, y por ello eran sustancialmente incongruentes con la realidad, puesto que el hombre siempre actúa como miembro de diferentes grupos sociales (empresas, sindicatos, partidos políticos, iglesias, etc.). Por ello acusaba al “individualismo extremo de los economistas ingleses” (y en particular a David Ricardo) de haber fundado equivocadamente la ciencia económica sobre el principio de la maximización de la utilidad de Jeremy Bentham, y por consiguiente de haber favorecido la separación entre el Derecho (fundado en la ley común, *common law*) y la Economía (fundada en el egoísmo y en la

---

<sup>37</sup> MARX, Karl. Prólogo a la “Contribución a la Crítica de la Economía Política” en MARX, Karl - ENGELS, Friedrich. *Obras escogidas*, Buenos Aires, Cartago, 1957, pág. 240.

<sup>38</sup> MACKAAY, Ejan. “History of Law and Economics”, pág. 69.

<sup>39</sup> Wagner fue uno de los representantes del movimiento reformador alemán conocido como *Socialpolitik*, junto a otros autores de la talla de Franz Brentano, Karl Bücher, Werner Sombart, Gustav von Schmöller –líder de la Escuela Historicista en economía– y Max Weber. Era un personaje famoso por sus gritos, pataleos y puñetazos dados en clase contra opositores imaginarios en el seno de un clima tan frío y académico como el de las universidades alemanas de fines del siglo XIX (*Vid.* SCHUMPETER, Joseph. *Historia del Análisis Económico*, pág. 879).



utilidad), separación que es frecuente observar “en nuestras universidades anglo-americanas”, mientras que en el continente europeo “sabemos que están más estrechamente relacionadas”<sup>40</sup>.

Es indudable, entonces, que la forma en que Posner presenta el “nuevo L&E” es algo sesgada, porque conforme a los criterios de que se vale para diferenciar entre el “viejo L&E” y el “nuevo L&E”, debería hacer retroceder la línea de demarcación por lo menos hasta Commons, y no pretender que la carta fundacional del movimiento iba a darse recién con los ya mencionados estudios de Coase y Calabresi en la década del sesenta. Como dice Homan respecto de Commons, y en particular de su obra *Legal Foundations of Capitalism*, publicada en 1924:

“aunque cubre un periodo relativamente breve y fue precedido de un número de estudios sobre la significación económica de la propiedad y el contrato, se puede decir que abrió una nueva rama de investigación porque representa un manejo peculiarmente experto del material legal con el propósito de realizar una generalización económica bien meditada y enteramente fundamentada”<sup>41</sup>

Si atendemos a la caracterización general que Paul Homan hace del institucionalismo se puede decir que Posner soslaya, en cierto modo, la presencia de un pariente incómodo en el árbol genealógico del “nuevo L&E”. En efecto, según Homan, el institucionalismo impugna la credibilidad de la teoría económica ortodoxa por varias razones. Entre ellas: porque toda la Economía *neoclásica* se asienta en una desacreditada teoría hedonística de la conducta humana, porque su postulado básico de competencia individualista es inadecuado y erróneo, y porque el cometido central de establecer las condiciones del equilibrio general descansa en una inaceptable analogía con la ciencia física y en la comprensión estática de la organización económica, en total desacuerdo con el proceso real del desarrollo económico<sup>42</sup>.

Para los institucionalistas en general, el concepto de equilibrio general del mercado y el método marginal “pueden ser útiles para algunos propósitos subordinados de análisis”, pero las explicaciones esencialmente correctas de los fenómenos económicos sólo son posibles en relación a la fuerza efectiva de las instituciones sociales. Esta idea va a contramano de los postulados centrales del “nuevo L&E”, que giran en torno al enfoque egoísta y maximizador de la conducta humana en el que no parece haber lugar alguno para el altruismo<sup>43</sup>.

Sin embargo, hay algo en el relato de Posner que no puede ser juzgado como inverosímil, y es la poca atención que los abogados y jueces de aquella época (principios del

---

<sup>40</sup> Vid. COMMONS, John R. “Law and Economics”, en *Yale Law Journal*, 1925, n° 34, pág. 371.

<sup>41</sup> HOMAN, Paul. “La Escuela Institucional”, pág. 541.

<sup>42</sup> Véase HOMAN, Paul. “La Escuela Institucional”, pág. 536.

<sup>43</sup> “El concepto de hombre como maximizador racional de su propio interés implica que la gente responda a incentivos –tal que si el entorno de una persona cambia de manera que pueda incrementar su satisfacción por un cambio en su conducta, así lo hará efectivamente” (POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*, pág. 4).

siglo XX) prestaron a las vinculaciones entre el Derecho y la Economía (institucional), a diferencia de lo que ocurrió de los setenta en adelante, al seno de un fenómeno de expansión exponencial del “nuevo L&E”. Esa falta de atención o interés habría sido, al parecer, una de las causas de la declinación intelectual de la “primera ola” del L&E. Como dice Mackaay, aunque “el individualismo metodológico y el racionalismo instrumental constituyen una mala comprensión de la ciencia económica” –que ciertamente los proponentes de este primer movimiento intentaron dejar a sus espaldas– “la comunidad jurídica persistió en la convicción de que los factores económicos por sí solos no podían dar cuenta de la totalidad de tendencias y aspiraciones del alma humana reflejadas en el Derecho”<sup>44</sup>.

Precisamente fue la cautivación naciente por las vinculaciones entre el Derecho y la Economía, a comienzos de los años sesenta entre ciertos juristas y jueces norteamericanos, lo que permitió el arribo de la “segunda ola” del L&E, y en ello hay que reconocer el rol fundamental que jugó la llamada Escuela de Chicago.

## 6. Encuentros y desencuentros en la “segunda ola” del L&E

Mackaay distingue cinco momentos en la que él denomina “segunda ola” del L&E. En su opinión, la etapa de los comienzos (mediados de los años cuarenta hasta fines de la década siguiente) tiene lugar con la llegada de un economista, Aaron Director, a la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago. Rodeado de un selecto grupo de colaboradores en el Departamento de Economía de dicha Facultad (Frank Knight, George Stigler y Milton Friedman, entre otros) Aaron Director fundó el *Journal of Law and Economics*, revista destinada a cumplir un rol fundamental en la difusión del “nuevo L&E” (en el tercer número de esta revista Coase publicó su *teorema*<sup>45</sup>).

Rápidamente se perfiló un nuevo enfoque en las vinculaciones analíticas entre el Derecho y la Economía orientado a formular predicciones en el ámbito del Derecho Económico y a fomentar investigaciones empíricas conducentes a su comprobación. En cuanto a la orientación filosófica del nuevo enfoque, es probable que la particular idiosincrasia norteamericana, fielmente interpretada por la Escuela de Chicago, haya jugado un papel importante en su rápida difusión en el país del norte. En efecto, un autor sugiere que:

“los rasgos distintivos de los «neoclásicos de Chicago» –desconfianza respecto del gobierno e insistencia en que los mercados protegen la elección racional del individuo y su autodeterminación– reflejan un estilo señaladamente norteamericano de ideología individualista”<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> MACKAAY, Ejan. “History of Law and Economics”, pág. 71.

<sup>45</sup> COASE, Ronald. “The Problem of Social Cost” en *The Journal of Law and Economics* (Chicago), 1960, Vol. III, págs. 1-44. El ampuloso nombre de *teorema* obedece simplemente a la elaboración de un modelo teórico que se demuestra “empíricamente” mediante el análisis de algunos casos judiciales célebres de los que se extraen algunas conclusiones.

<sup>46</sup> DUXBURY, Neil. *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1995, pág. 418.

No es ésta, por cierto, una opinión minoritaria. Numerosos son los académicos y juristas anglosajones que se pronuncian en términos incluso más duros sobre el sentido y la posición de la Escuela de Chicago en el universo de la Filosofía Jurídica norteamericana<sup>47</sup>. Desde un punto de vista más amplio que el estrictamente jurídico, la teoría *neoclásica* de la Economía parece descansar sobre una visión general del hombre y de la sociedad que entraña una defensa del egoísmo, y con ello una filosofía que parece haber encontrado en la sociedad norteamericana el *humus* adecuado para su cultivo:

*“La sociedad propia de la teoría neoclásica del mercado competitivo está formada por individuos que persiguen sus propios fines y cuyas acciones son coordinadas y ajustadas mediante sus propias respuestas a las señales de los precios formados en el mercado. Se trata de una sociedad en la que la ausencia de coerción externa [...] permite una coordinación que no es deliberada”*<sup>48</sup>

Dejando por ahora de lado la orientación ideológica de la Escuela de Chicago, lo cierto es que las investigaciones que Aaron Director estimuló desde el Departamento de Economía de la Facultad de Derecho se orientaron, fundamentalmente, hacia los monopolios, las quiebras, las corporaciones y sociedades mercantiles, los seguros y los impuestos en general, es decir, todas áreas con claro contenido o connotación económica. Pero estas áreas, como bien dice Mercado Pacheco, han sido conocidas desde antaño en nuestra tradición académica hispanoamericana con el nombre de “Derecho Económico”, y tanto en el mundo anglosajón como en nuestra tradición continental, su nacimiento y existencia no se vincula necesariamente con el L&E.

Sin embargo, como el propio Posner reconoce, los numerosos casos jurisprudenciales vinculados a la libertad de competencia y a las leyes de monopolios proporcionaron a los economistas un cúmulo de información interesante en torno al comercio, y los economistas de entonces se abocaron a descubrir la racionalidad económica y las consecuencias de las decisiones legales. Pero aunque sus investigaciones tuvieron algunas repercusiones importantes en las políticas legales, lo que hacían básicamente no difería de lo que tradicionalmente habían hecho los economistas anteriores: tratar de explicar la conducta de los mercados explícitamente económicos<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> De la década del setenta, por ejemplo, en que ganaron fuerzas el L&E y los *Critical Legal Studies*, dice Owen Fiss: “...fueron años de diferencia y desacuerdo, en los que el énfasis no estaba puesto en lo que compartíamos, nuestros valores públicos e ideales, sino en cómo nos diferenciábamos y dividíamos... [una] década en la que nos refugiamos en la política del egoísmo... No estaremos en condiciones de responder completamente al negativismo de los *Critical Legal Studies* ni al crudo instrumentalismo del *Análisis Económico del Derecho* hasta que se consolide un proceso regenerativo, y hasta que los amplios procesos sociales que alimentaron y criaron estos movimientos sean revertidos” (FISS, Owen M. “The Death of the Law?”, en *Cornell Law Review*, n° 72, 1986, pág. 14.

<sup>48</sup> CRESPO, Ricardo. *Liberalismo económico y libertad*, Madrid, RIALP, 2000, pág. 43.

<sup>49</sup> POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*, pág. 23.

Por este motivo Posner considera esta etapa de los comienzos (los años cincuenta) todavía dentro del “viejo L&E”. En su visión, lo decisivo para la constitución del “nuevo L&E” fue la extensión del enfoque de la *elección racional* a aquellos ámbitos de la conducta humana que no habían sido considerados hasta entonces *explícitamente* económicos, y ello se debió de manera indiscutible a una serie de estudios desarrollados por Gary Becker desde 1955 en adelante, año en que pronunció su disertación doctoral, publicada más tarde con el título *The Economics of Discrimination* (1957). Como dice Posner, “su libro sobre la discriminación racial y su artículo sobre la economía del crimen y su castigo (1968) fueron hitos claves en la emergencia del Análisis Económico del Derecho”<sup>50</sup>, y de hecho supusieron una enorme contribución a la ciencia económica en su conjunto que le valió el reconocimiento de la comunidad internacional y el Premio Nobel de Economía en 1992. Becker mostró que la Economía consistía más bien en un “área de estudios” (sin un objeto *formal* determinado) basados en el enfoque de la *elección racional* aplicable a cualquier aspecto de la conducta humana, inclusive aquellos aspectos considerados tradicionalmente fuera del ámbito de la Economía. Según Becker,

*“lo que distingue verdaderamente a la Economía como disciplina de otras disciplinas dentro de las ciencias sociales no es su temática, sino su enfoque”*<sup>51</sup>

Para Posner, la importancia del *enfoque racional* aplicado a todos los ámbitos y aspectos de la conducta humana por obra de Becker tuvo una trascendencia incluso mayor, en la fundación del “nuevo L&E”, que la alcanzada por los estudios de Coase y Calabresi. Como dice en su obra más conocida:

*“Una lista de los fundadores del «nuevo» L&E estaría gravemente inconclusa sin el nombre de Gary Becker. La insistencia de Becker sobre la relevancia de la economía en un sorprendente espectro de conductas de no-mercado [nonmarket behavior] (incluyendo la beneficencia, el amor y la adicción), tanto como sus específicas contribuciones al análisis económico del delito, de la discriminación racial, del matrimonio y del divorcio, le abrieron al análisis económico inmensas áreas no alcanzadas por los estudios de Calabresi y de Coase sobre los derechos de propiedad y las normas de responsabilidad”*<sup>52</sup>

No es extraño que Posner atribuya mayor trascendencia a los estudios de Becker que a los de Coase y Calabresi, ya que con el devenir de los años incluso Coase se alineó entre los

---

<sup>50</sup> POSNER, Richard. “A Review of Steven Shavell’s *Foundations of Economic Analysis of Law*” en *Journal of Economic Literature*, vol. XLIV, 2006, pág. 406. El artículo de Becker al que se refiere Posner es “Crime and Punishment: An Economic Approach” en *Journal of Political Economy*, n° 76, 1968, págs. 169-217.

<sup>51</sup> BECKER, Gary. *The Economic Approach to Human Behaviour*, pág. 9. Como agudamente señala Mercado Pacheco, la ruptura epistemológica de los límites de la Economía tradicional termina vaciando de su contenido, paradójicamente, al concepto mismo de “lo económico”, ya que deja de ser algo que pueda definirse, acotarse y delimitarse como campo de estudio de una determinada disciplina social. “El *imperialismo económico* constituye a la Economía en una ciencia sin objeto” (MERCADO PACHECO, Pedro. *El Análisis Económico del Derecho*, pág. 79).

<sup>52</sup> POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*, pág. 24.

teóricos críticos del “nuevo L&E”<sup>53</sup>. En cambio el gran mérito de Becker es haberle proporcionado al “nuevo L&E” una de sus herramientas analíticas más poderosas –y al mismo tiempo más criticables–. En efecto, Posner sostiene que el “nuevo L&E” es básicamente “conductista” [*behaviorist*], en la medida en que descarta todos los elementos “subjetivos, inobservables, y por ende misteriosos” que podrían estar o no tras la toma de decisiones racionales, remplazándolos por parámetros objetivos y mensurables en una función de utilidad. Términos tales como ‘deliberación’, ‘propósito’, o ‘fines’ sólo pueden tener sentido, para el “nuevo L&E”, en tanto se entiendan como entidades observables y cuantificables, lo que siempre acontece cuando se enfocan desde la *racionalidad instrumental* que reduce aquellos términos a un análisis de costos y beneficios<sup>54</sup>.

Así llegamos a la decisiva década de los sesenta. Es el momento de la “proposición del paradigma” que, según Mackaay, se extiende desde 1958 (año de fundación del *Journal of Law and Economics*) hasta 1973, fecha de la publicación de la primera edición del “Manual” de Posner (*Economic Analysis of Law*). Tres estudios, de vital importancia en perspectiva histórica, contribuyeron a cimentar el “nuevo L&E” sobre los pilares del enfoque *neoclásico*. Al ya mencionado artículo de Coase, conocido años más tarde como *teorema*, se sumó un importante artículo de Guido Calabresi<sup>55</sup>, que fue el primer jurista entre las filas del “nuevo L&E”. Un tercer trabajo, de Armen Alchian, parece haber sido igualmente importante en la consolidación del “nuevo L&E”, sobre todo por su distinción entre derechos de propiedad públicos y privados como variables económicas que podían manejarse en aras de la eficiencia social<sup>56</sup>.

A estos trabajos sobrevino un verdadero aluvión de investigaciones llevadas a cabo mayoritariamente por economistas<sup>57</sup>, y el entusiasmo, la persuasión, el empuje, el número y la coherencia de tales publicaciones provenientes de la Escuela de Chicago terminaron eclipsando los aportes de otros economistas que ya por entonces manifestaban una orientación teórica diferente en las relaciones entre Derecho y Economía –aunque en un marco general de

---

<sup>53</sup> Calabresi fue visto desde los comienzos como un disidente, por su afán de incluir la justicia y el trato igualitario dentro del modelo. En cambio, “Coase mismo, paradójicamente, ha rechazado el concepto de Economía como una teoría de la elección racional y de hecho renuncia a cualquier interés en el Derecho en tanto no afecte a la Economía” (POSNER, Richard. “A Review of Steven Shavell’s *Foundations of Economic Analysis of Law*”, pág. 406)

<sup>54</sup> Véase POSNER, Richard. *The Problems of Jurisprudence*, pág. 170. Puede verse también BECKER, Gary – STIGLER, George. “De Gustibus Non Est Disputandum”, en *American Economic Review*, n° 67, 1977pág. 76 y ss. En estos dos Premio Nobel de Economía encuentra Posner su fuente de inspiración en esta particular materia.

<sup>55</sup> CALABRESI, Guido. “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”, en *Yale Law Journal*, n° 70, 1961, págs. 499-553.

<sup>56</sup> ALCHIAN, Armen A. “Some Economics of Property Rights”, en *Il Politico*, n° 30, 1965, págs. 816-829. El trabajo fue reimpresso más tarde en ALCHIAN, Armen A. *Some Economics of Property Rights. Economic Forces at Work*, Indianapolis, Liberty Press págs. 127-149.

<sup>57</sup> Para una detallada enumeración de tales investigaciones: MACKAAY, Ejan. “History of Law and Economics”, pág. 75.

defensa del libre mercado— como es el caso de Friedrich Hayek<sup>58</sup>. Desde una perspectiva histórica, éste es un formidable ejemplo de la “visión de tubo” propia de las escuelas, como dice Mackaay<sup>59</sup>.

Entre 1973 y 1980 se produce la aceptación del paradigma en las universidades. La figura intelectual de Richard Posner gravitó considerablemente en esos años. En 1972 Posner fundó el *Journal of Legal Studies*, que fuera durante años el órgano oficial de la Facultad de Derecho de Chicago destinado a fortalecer y difundir el L&E incluso más allá de las fronteras de los Estados Unidos. Un año más tarde publicó la primera edición de su “Manual” (*Economic Analysis of Law*), la primera obra escrita por un abogado y para abogados, en un lenguaje jurídico llano, que evitaba hasta donde fuese posible los tecnicismos de la ciencia económica y la hacía entendible y aplicable a todas las ramas e instituciones del *Common Law*. El “Manual” contenía, además, un importante capítulo introductorio sobre los principales conceptos de la Economía *neoclásica*. La organización en 1971 del *Economics Institute for Law Professors* (George Mason University, Virginia del Norte), a cargo del Profesor Henry Manne, contribuyó también de manera eficaz a la difusión del L&E entre los juristas y profesores norteamericanos que esta vez sí recibieron con entusiasmo la idea de que el *Common Law* estuviese dotado de una lógica implícita —la eficiencia— capaz de explicar su funcionamiento y evolución.

Pero también comenzaron a sentirse, de 1976 en adelante, las primeras voces críticas del L&E. En efecto, la célebre polémica salida a la luz en 1980 entre Posner y Dworkin es sólo una muestra las discusiones que el L&E suscitaba, y que como dice Mackaay, convocó a las mentes más brillantes de los Estados Unidos de Norteamérica en aras de su defensa o ataque. Lo curioso es que el ataque no vino solamente por el lado de los filósofos del derecho ni del “moralismo academicista”, como se refiere Posner peyorativamente cuando habla de la filosofía práctica, sino también de la propia ciencia económica, que comenzó a cuestionar los supuestos fundamentales sobre los que la Escuela de Chicago fundaba el L&E. Estas últimas críticas quizás no alcanzaron a tener la misma repercusión —al menos en el universo de la *Legal Theory* anglosajona y durante los años ochenta— que tuvieron las primeras, y es posible decir que en general han tomado estado público una vez que el L&E proveniente de Chicago tocó su techo en los ámbitos de la Filosofía del Derecho, pero han sido a la postre tan importantes como las primeras<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> Mackaay nos recuerda que el mismo año en que Posner publicó la primera edición de su “Manual”, el líder de la Escuela Austríaca y Premio Nobel de Economía en 1974 hizo lo propio con el primero de los tres volúmenes de su *Law, Legislation and Liberty*, una obra que por entonces pasó desapercibida a la mayoría de los economistas, y en el que sostenía una tesis bien diferente a la Escuela de Chicago en torno al origen más bien espontáneo y no “producido” de las normas jurídicas.

<sup>59</sup> «... a regrettable example of tunnel vision» (literalmente: “visión de túnel”). MACKAAY, Ejan. *Op. Cit.*, pág. 75.

<sup>60</sup> Un análisis dialéctico de cada una de esas críticas puede verse en MARTÍNEZ CINCA, Carlos Diego. Génesis, fundamentos y límites del Análisis Económico del Derecho. Claves para comprender el ascenso y la declinación del “Law and Economics” en la filosofía del derecho contemporánea. Editorial Académica Española, 2019.

En cuanto a la suerte que corrió el L&E de 1983 en adelante el Profesor Mackaay es bastante elocuente al respecto cuando dice:

*“Podría parecer que los debates, con sus furiosos ataques al L&E provenientes de todos lados, hubiese dejado al L&E proveniente de Chicago en harapos. Pero no. Por el contrario, Posner continúa publicando libros”*<sup>61</sup>

Sin embargo, algo cambió de 1983 en adelante. Los debates pusieron al descubierto las debilidades del enfoque dominante de Chicago, y surgieron “de las sombras”, como dice Mackaay, otros enfoques diferentes que asumen presupuestos teóricos y metodológicos distintos a los de la Economía *neoclásica*. La llamada *Public Choice Theory* (Teoría de la Elección Pública), la ya mencionada corriente del *Behavioral Law and Economics*, el enfoque institucional y el neo-institucional, como así también el L&E proveniente de la Escuela Austríaca, son algunos de esos enfoques.

Sin embargo, todos estos enfoques alternativos parecen compartir un objetivo común, aunque lleguen por caminos diferentes: hacen de la eficiencia la meta central del Derecho, dejando de lado, en general, las discusiones morales que no puedan formalizarse en determinadas variables económicas. Aunque las discusiones en torno a la justicia podrían formularse en términos de distribución del ingreso, que ya Adolph Wagner consideraba un siglo atrás el principal objetivo de la economía, ninguna corriente del L&E parece considerarla como una meta específica del Derecho. Por ejemplo, Robert Cooter y Thomas Ulen, autores de un importante libro de texto o “Manual” que rivaliza en extensión e influencia académica con el de Posner, consideran que entre los desarrollos más importantes experimentados por el L&E en los últimos veinte años se encuentra la creciente literatura proveniente de la Psicología, la propia Economía y otras ciencias sociales que muestran el modo en que la conducta real de los hombres difiere considerablemente de las predicciones formuladas por la *teoría de la elección racional*, con importantes estudios empíricos que echan por tierra tales predicciones<sup>62</sup>. Sin embargo, afirman de modo terminante:

*“En este libro empleamos los efectos de incentivos para formular predicciones en torno a las consecuencias de las decisiones legales, políticas, normas e instituciones. Al evaluar dichas consecuencias nos concentraremos en la eficiencia antes que en la distribución (...) Este libro rechaza el enfoque distributivo en el Derecho privado”*<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup> MACKAAY, Ejan. “History of Law and Economics”, pág. 80.

<sup>62</sup> En JOLLS, Ch. - SUNSTEIN, C. - THALER, R., “A Behavioral Approach to Law and Economics” (*Stanford Law Review*, Vol. 50, nº 5, 1998, págs. 1471-1550), puede rastrearse la importante bibliografía acumulada en los últimos 20 años dando cuenta del fracaso de las predicciones del enfoque de Chicago, y particularmente del Teorema de Coase.

<sup>63</sup> COOTER, R. – ULEN, T. *Law and Economics*, pág. 8. El problema es que aún en el Derecho Privado existen instituciones en las que son necesarias las consideraciones de justicia distributiva: condominio o propiedad común, asociaciones cooperativas, e incluso la familia misma, sobre todo cuando debe dividirse el acervo común en procesos de herencia o incluso de divorcio y liquidación de la sociedad conyugal.

Es evidente que la impronta de Chicago ha hecho “escuela”, ya que de otro modo no podría comprenderse esta marginación de las cuestiones inherentes a la distribución del ingreso que los institucionalistas del siglo pasado consideraban esencial a la Economía y al Derecho, y en la que entran a tallar razones de justicia.

La historia expuesta hasta aquí como contrapunto dialéctico entre la versión oficial de la *main-stream* y el enfoque amplio y en cierto modo disidente de Mackaay es suficiente para comprender el estado de la cuestión al presente. Una última consideración se impone en orden a la solución del dilema que constituye el objeto de la presente investigación, referida básicamente a los “problemas de agenda” que tiene hoy el L&E y que guardan estrecha relación con el estadio epistemológico en el que se encuentra el modelo.

En un trabajo titulado “A Review of Steven Shavell’s *Foundations of Economic Analysis of Law*” publicado en 2006 en el *Journal of Economic Literature* Posner divide la historia del L&E en tres generaciones en función de los cometidos propios que cada una de ellas persiguió y de las contribuciones efectivas al desarrollo del modelo. La primera generación (1960 en adelante), la de los fundadores (Coase, Becker y Calabresi), puso los cimientos teóricos sobre los que debía constituirse el L&E. La segunda generación (1970 en adelante), la de los “jóvenes académicos como yo y otros discípulos de Becker” –sostiene– se concentró en extender la aplicación de los supuestos teóricos de la Economía *neoclásica* a todas las áreas del Derecho, haciendo especial hincapié en el análisis de hasta qué punto el Derecho, “en especial el *Common Law*”, podría ser realmente un sistema de asignación eficiente de los recursos.

“A pesar del *vocabulario* arcaico y moralista del Derecho, la segunda generación consideró seriamente la posibilidad de que la lógica (implícita, intuitiva) del Derecho fuese económica. Su trabajo, hecho mayoritariamente por profesores de Derecho más que por economistas, ejerció y continúa ejerciendo una enorme influencia en la educación jurídica (tanto en la enseñanza como en la investigación) y una influencia en aumento en la doctrina jurídica, en la práctica y en la administración de la justicia”<sup>64</sup>

Por último, presenta los ochenta más bien como una generación (la tercera) dominada por “economistas técnicamente sofisticados” o “profesores de Derecho con un Doctorado en Economía”, como si el problema hubiese estado dado sólo por la falta de rigor metodológico en la aplicación de la teoría económica al Derecho que hizo necesaria la intervención dominante de economistas profesionales. Tal como Posner la presenta, la tercera generación se dedicó a “cultivar el margen interno” del L&E, en tanto la segunda habría ampliado el “margen externo”, dando a entender con ello que mientras él y sus coetáneos llevaron el L&E hasta regiones insospechadas del Derecho, sin poner el énfasis en la modelización formal ni en el rigor teórico propio de los economistas, los que vinieron detrás de ellos profundizaron aquellos aspectos soslayados de la teoría económica aplicada al Derecho. Pero el resultado fue (como en el caso paradigmático de Steven Shavell, economista líder de esa tercera generación) que el Derecho resultante de sus análisis fue

---

<sup>64</sup> POSNER, Richard. “A Review of Steven Shavell’s *Foundations of Economic Analysis of Law*”, pág. 406-407.



“una versión abstracta o estilizada, simplificada, del Derecho real; el Derecho sin detalles ni textura, el Derecho recortado para que calce en el modelo económico. Lo que [Shavell] analizó es un modelo desnudo de nuestro sistema jurídico, no el sistema mismo. Ningún sistema real corresponde exactamente a su modelo económico”<sup>65</sup>

La crítica de Posner es aguda y dura, por cierto<sup>66</sup>. Podría cuestionársele si acaso la rigurosa formalización económica de la tercera generación que en su opinión despojó al Derecho de su contenido y esencia no es apenas una consecuencia histórica de lo que ya estaba en germen en los estudios de los fundadores. Posner cree, al parecer, que el estudio de los casos concretos fallados por los tribunales norteamericanos por debajo de cuyas textuales palabras era posible intuir una lógica económica, eximiría a la segunda generación del reproche que según él cabría formular a la tercera, como si la acumulación de estudios empíricos (los casos resueltos por los tribunales) abordados a la luz de una determinada teoría económica bastase para dar una visión real, no modelizada ni abstracta, del sistema jurídico. La lejanía respecto del Derecho real y el casi nulo contacto de los economistas con el Derecho tal como se presenta y sale de los tribunales, serían los causantes –en su opinión– de aquellos resultados deformes de la tercera generación. Estos cuestionamientos y críticas al interior de un paradigma científico suelen ser indicios de que el modelo ya atravesó la etapa de su madurez epistemológica y ha ingresado en esa etapa de cuestionamiento y búsqueda propia de las generaciones jóvenes disconformes con los problemas que no fueron resueltos al seno del anterior paradigma. No podemos saber qué curso tomará la historia del L&E, pero sí podemos señalar que las críticas que Posner dirige tanto a Shavell como a los economistas de la tercera generación marcan la agenda de los desafíos que enfrenta hoy a “naciente generación” de los estudiosos del L&E: una cuarta generación con temas pendientes. Esa agenda orbita alrededor de los diferentes enfoques de la teoría económica que no fueron incluidos en los análisis de la tercera y que podrían esquematizarse del modo que sigue:

- a) el estudio comparativo de las instituciones (institucionalismo);
- b) los aportes de la psicología cognitiva (*Behavioral Law and Economics*) y sus críticas al enfoque de la *elección racional*;
- c) la economía de las organizaciones (*Organizational Economics*), que enfoca su mirada en el comportamiento no ya de los individuos aislados sino de los individuos al seno de diferentes tipos de organizaciones; y fundamentalmente,
- d) la solución del dilema aparente entre la persecución de la eficiencia o la defensa de la equidad (con todas las precisiones que resulta necesario formular al concepto de ‘equidad’) en el trazado de las políticas públicas que debería definir un buen gobierno.

---

<sup>65</sup> POSNER, Richard. “A Review of Steven Shavell’s *Foundations of Economic Analysis of Law*”, pág. 408-411.

<sup>66</sup> En otro pasaje afirma, con crudo desdén: “nadie que no sea abogado, por brillante que fuese, puede acertar suficientemente con el Derecho. El Derecho es como una lengua de la que uno tiene que ser nativo para hablarla correctamente. Shavell no es abogado” (POSNER, Richard. “A Review of Steven Shavell’s *Foundations of Economic Analysis of Law*”, pág. 410)

En lo que sigue, el presente trabajo se centrará en el último punto e intentará mostrar a grandes rasgos las posibles “zonas de armonía” y “zonas de conflicto” entre ambas opciones, como también algunos lineamientos a tener en cuenta en la instrumentación de políticas públicas que podrían encajar mejor en una u otra zona, y que permitirían avanzar en “zonas de armonía” y en las estrategias conducentes a matizar el impacto de las políticas propias de las “zonas de conflicto.”

## **7. Eficiencia y equidad: el punto de vista económico**

El dilema entre eficiencia económica y equidad distributiva es, sin dudas, uno de los temas que mayor debate causa y ha causado entre los economistas, desde que Adam Smith provocara al mundo con su propuesta del funcionamiento de la “mano invisible” como pauta que transmite los incentivos económicos entre los agentes.

La discusión ha girado en torno a cuál de los dos aspectos es más importante y por ello, en caso de tener que elegir a uno de ellos, cuál debe priorizarse. Asimismo, aún cuando no deba elegirse en forma exclusiva a uno, en caso de que entren en conflicto, sobre cuál es preferible avanzar aún a costo del otro<sup>67</sup>.

Desde el punto de vista de la política económica se trata de dos “bienes” para una comunidad, es decir, dos aspectos deseados por ella. En tal caso el razonamiento primario indica que lo mejor es tratar de obtener el máximo posible de cada uno de ellos, esto es, el mayor grado de eficiencia económica posible y la mejor distribución de las riquezas y los ingresos entre las personas que la componen. Con frecuencia estos dos bienes son entendidos como dos “objetivos a alcanzar” en materia de política económica y como componentes de un concepto más general: el bienestar de una comunidad.

Planteado de esta manera el interrogante parece ser posible de resolver sin mayores inconvenientes ni debate: difícilmente alguien pueda argumentar con éxito preferir una situación con menor eficiencia y equidad a otra con mayor dosis de ambos.

### **1 Dificultades subyacentes**

Sin embargo, el problema nunca ha resultado sencillo. A medida que se avanza en las definiciones y precisiones acerca de estos dos aspectos comienzan a surgir inconvenientes que llevan a los estudiosos a tomar sendas divergentes en sus posiciones, incluso a llegar a enfrentarse de una forma casi irreductible.

Enfrentados a la afirmación simplista antes realizada respecto de obtener el máximo de cada uno, se presentan tres interrogantes centrales que plantean serios inconvenientes para sostenerla como guía de acción y que deben ser resueltos antes de proponerla como tal:

- La definición de los máximos.

---

<sup>67</sup> Solimano, A. (1998). Crecimiento, justicia distributiva y política social. CEPAL(65), 16.

- La posible simultaneidad de los máximos.
- El problema de la interdependencia.

Por ello, antes de reflexionar sobre cuáles son las prioridades en materia de eficiencia y equidad o cuál aspecto debe priorizarse sobre el otro, es conveniente abordar estas discusiones, tratando de dirimir algunos aspectos polémicos y opinables<sup>68</sup>.

## 2 La definición de los máximos

En tanto se realice una reflexión en relación a alcanzar un valor extremo para cualquier variable o aspecto de la vida económica, tal extremos debe estar identificado con claridad, no sólo para saber cuándo se lo ha alcanzado sino también para, cuando no se lo ha alcanzado, tomar conciencia de la distancia que nos separa del mismo y con ello los esfuerzos que deben realizarse para su consecución.

De tal forma, en el caso que nos ocupa sería necesario contar con una medida de la “máxima eficiencia” y otra de la “máxima equidad” (o mejor distribución del ingreso y la riqueza), para que sirvan de referencia en cada uno de los objetivos y permitan conocer la distancia a la cual una comunidad se encuentra de los mismos.

### Máxima eficiencia

En el caso de la eficiencia económica, existe un amplio acuerdo respecto de su concepto y contenido: existe eficiencia cuando con una dada cantidad de recursos productivos (lo cual implica un costo de producción determinado), se produce la mayor cantidad de bienes y servicios posibles. Asimismo existe una definición simétrica que, sin alterar el concepto lo referencia a la minimización de costos: existe eficiencia cuando una cantidad determinada de bienes y servicios se produce utilizando el mínimo de recursos necesarios, sin alterar su calidad.

En ambos casos la eficiencia se presenta como un concepto que apunta a una relación entre recursos y producto que lleve a uno de ellos a su valor extremos sin alterar el otro, de manera que las situaciones de ineficiencia puedan identificarse con claridad cuando no se alcanzan tales extremos (máximo producto o mínimo costo). Si esto no ocurre la situación pierde eficiencia pues o bien se podría haber producido más con los recursos disponibles o bien se podría haber utilizado menos recursos para producir lo mismo.

La relación puede verse clara y simple cuando se utiliza un solo recurso (o insumo) para producir un solo producto. Sin embargo el problema se vuelve más complejo en situaciones tales como:

---

<sup>68</sup> Acemoglu, Daron (2003) “Why not a Political Coase Theorem?” *Journal of Comparative Economics*, 31, 620-652.

- cuando se utiliza más de un insumo para producir un mismo producto y existe más de una combinación posible de aquellos para arribar al mismo resultado (sustitución entre insumos) y es necesario elegir una de esas combinaciones posibles,
- cuando un mismo insumo interviene en la producción de más de un producto, con lo cual debe elegirse cómo se asigna entre ellos de manera de obtener la mejor “canasta de producción”,
- cuando se plantean combinaciones de las dos anteriores, en donde se hace necesario elegir cómo se asigna la mejor combinación de insumos para obtener la mejor “canasta de producción”.

A resolver estos problemas dedicó buena parte de sus esfuerzos del economista y sociólogo italiano Vilfredo Pareto, quien estableció de las reglas para encontrar las combinaciones de insumos o de productos eficientes en cada caso (principios paretianos de la producción, el consumo y el intercambio). De tal forma, desde el punto de vista microeconómico, la formalización de los criterios paretianos permite identificar la situación de máxima eficiencia y, como consecuencia, las situaciones ineficientes en donde se podría mejorar en el sentido de aumentar el producto sin alterar los costos o bien reducir costos sin alterar el producto en cantidad ni calidad.

Llevando este concepto a la macroeconomía, puede entenderse que la eficiencia económica se obtiene cuando el producto total de un país (producto bruto interno) se lleva a su nivel “potencial”, es decir al máximo nivel que se puede producir utilizando la totalidad de los recursos productivos existentes, en condiciones normales<sup>69</sup> y con la tecnología disponible.

En tal sentido, el concepto de “brecha de producción”, que mide la distancia entre la producción efectiva y la potencia se transforma en una medida de la ineficiencia a nivel macroeconómico.

En las últimas dos décadas se ha introducido un necesario criterio de sostenibilidad intertemporal y ambiental en el análisis de la producción potencial de una economía. Esto implica que no se trata de un enfoque estático (de cuántos recursos se dispone este año para maximizar la producción este año), sino que debe contemplar la intertemporalidad, es decir que se agrega a la definición del producto potencial la idea de no utilizar los recursos productivos (incluido el medio ambiente) de una manera que con el tiempo merme su capacidad productiva más allá de la natural obsolescencia<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup> Es muy importante puntualizar el carácter de tales “condiciones normales”, que implican que se debe tener en cuenta tanto las tasas de desempleo “naturales” para cada recurso productivo y la cantidad de horas normales de funcionamiento por día (es decir, una cantidad de horas que no afecte su capacidad a lo largo del tiempo).

<sup>70</sup> Un ejemplo simple puede darse con la madera de los árboles de un bosque. El concepto original de producto potencia exigiría utilizarla por completo cuando esté disponible, pero esto dejará a la

De tal forma, si bien con el tiempo se han producido algunas revisiones del concepto de eficiencia económica (y puede revisarse nuevamente más adelante) puede afirmarse que existe un aceptable acuerdo en torno al mismo, es decir, que puede identificarse la situación eficiente y las que no son tales (incluso en el caso macroeconómico, medir la distancia entre ambas y evaluar lo acercamientos o alejamientos).

### Máxima equidad

Respecto de la máxima equidad posible, entendida como la mejor distribución posible dentro de una comunidad, el acuerdo no es tan obvio y se presentan algunos problemas de difícil solución para identificar tal situación.

Para comenzar es importante indagar sobre el concepto mismo de equidad distributiva. La equidad implica, como su nombre lo indica una situación “equilibrada” entre los agentes económicos. Como tal implica algún grado de igualación y para ello debe subyacer un criterio de justicia (de “lo que es justo y lo que no lo es”). De tal forma, las ideas de equidad, igualdad y justicia, si bien no significan lo mismo, se encuentran muy relacionadas y son las guías de las acciones en esta área.

La idea de “equilibrio” implica la noción de que dos magnitudes sean similares, o bien en tamaño, en forma o en peso, o que dos personas tengan ingresos similares, o que dos personas tengan activos similares o riqueza semejante. Por lo tanto, enfocado desde un punto de vista económico, la idea de “equilibrar” se vincula estrechamente con la de “igualar” o por lo menos de tender hacia ello de manera que las diferencias se reduzcan.

Sin embargo, equilibrar e igualar no llegan a ser sinónimos. Equilibrar implica llevar a dos agentes económicos hacia cierta igualación pero subyace una pregunta clave: ¿igualarlos en qué? De esta pregunta se derivan otras, tales como:

- *¿Igualarlos en todo?*
- *¿Igualarlos sólo en algunos aspectos? ¿En cuáles sí y en cuáles no?*
- *¿Exigimos igualar en algunos aspectos y toleramos la desigualdad en otros, o exigimos igualdad total?*

Luego de arduos debates a lo largo del tiempo, existe entre los economistas cierto consenso respecto de que la igualación completa no es procedente ni conveniente, ya que atenta contra el libre albedrío y entonces comienza a no ser deseable. Por ejemplo, tiene poco sentido que todos usen el mismo color de cabello o la misma ropa o vayan de vacaciones al mismo lugar. Sin embargo, existe consenso en que tiene más sentido que todos tengan los

---

economía sin ese insumo el año que viene. Por ello el concepto de intertemporalidad requiere maximizar a lo largo del tiempo el aporte que esa madera puede realizar al producto bruto interno, lo cual implica permitir una tasa de renovación adecuada, es decir, explotarlo con una intensidad menor.

mismos derechos o las mismas oportunidades de desarrollarse social y económicamente, o la misma participación política<sup>71</sup>.

Esto plantea la cuestión que abordan los interrogantes que siguen: ¿en qué aspectos debe existir igualdad y en cuáles no es conveniente? En este punto las opiniones comienzan a ser divergentes, ya que dependen de los juicios éticos y de valor de quien analiza el problema: algunos pueden pensar que igualar ingresos (flujos) es correcto, otro que igualar riquezas (stocks) lo es, otros que lo procedente es igualar oportunidades (lo cual a menudo implica tolerar desigualdad en ingresos y riquezas) y otros en que lo indicado es igualar posibilidades (no basta con oportunidades<sup>72</sup>).

Se ingresa en este punto en un campo polémico y de discusión en donde los acuerdos no son tan obvios ni tan generalizados. En la actualidad la igualdad ingresos (o igualdad en el “punto de llegada” ha sido en buena medida superada como guía principal de la equidad distributiva y la igualdad de las riquezas es de difícil aplicación por las obvias resistencias de los poseedores de los derechos sobre las mismas (es decir, los dueños). Así ha ido ganando terreno la igualdad de oportunidades (o igualdad en el punto de partida), en particular en lo referido a educación, salud y acceso a la vivienda digna. En los últimos años este principio comienza a ser desafiado por el de igualdad de posibilidades, al tomar conciencia que las oportunidades, aún cuando existan, no puede ser aprovechadas por todos de la misma manera.

Tanto en los conceptos de equidad como de igualdad subyace una idea de justicia, es decir, idea de cuáles son situaciones justas y cuáles son injustas, entendiendo siempre que las segundas son las que deben ser remediadas a través de las políticas públicas. Lo que para un individuo puede ser justo, para otro puede no serlo. Así, mientras los juicios de valor personales impidan llegar a un acuerdo sobre “lo justo y lo injusto”, las bases de diseño de políticas de equidad serán polémicas y cambiantes. Y lo será también la situación de “máxima equidad”.

De tal forma en el caso de la equidad, el “máximo” no es claro ni único y puede variar con los funcionarios de turno. Asimismo, se pierde la noción de estar acercándose o alejándose del máximo. Esto plantea problemas obvios y de difícil solución al relacionar la equidad con la eficiencia y complica seriamente la evaluación de políticas públicas realizadas con la intención de “llevar ambos bienes a su máximo”<sup>73</sup>. Se desdibuja el norte, con lo cual se

---

<sup>71</sup> Konow, J. Fair and square: the four sides of distributive justice. 2001. *Journal of Economic Behavior Organization* 46: 137–164

<sup>72</sup> La diferencia entre oportunidades y posibilidades no es tan obvia. Sin embargo puede expresarse en forma simple con la idea de la puerta: igualar oportunidades es abrir la misma puerta para todos, igualar posibilidades es que todos tengan los mismos medios para poder atravesarla. La educación universitaria gratuita es un ejemplo: la gratuidad es igualdad de oportunidades, pero quienes deben trabajar y no pueden cursar las asignaturas que requieren presencialidad por sus horarios, no tienen iguales posibilidades.

<sup>73</sup> Yaari, M. E. y M. Bar-Hillel. 1984. On Dividing Justly. *Social Choice and Welfare* 1: 1-24

pone en tela de juicio cualquier camino para alcanzarlo, de forma tal que una persona puede opinar que una acción de política permite avanzar hacia ambos máximos (por lo que sería deseable) mientras otra persona piense que no es así (por lo que sería discutible).

### 3 La simultaneidad de los máximos

La segunda cuestión referida al debate entre eficiencia y equidad se refiere a si ambos máximos (en caso de que se hubieran acordado las características del referido a la equidad) pueden o no ser alcanzados al mismo tiempo. Esta cuestión es central a la hora de definir si existe o no conflicto entre ambos.

Si pudieran ambos alcanzarse simultáneamente, tal conflicto no se manifestaría. Bastaría con identificar las acciones de política económica adecuadas para llegar a ambos al mismo tiempo, siempre respetando los principios de Tinbergen y de Theil<sup>74</sup>. El bienestar de la comunidad podría llevarse a su máximo, dados los recursos productivos existentes y los deseos (preferencias) de sus integrantes<sup>75</sup>.

Sin embargo, es muy frecuente (probablemente, lo más frecuente) que al avanzar hacia uno de estos objetivos, se retroceda en el otro, lo que significa que se encuentran “en conflicto”. Esto abre, tal como se dijo al comienzo, una de las discusiones más importantes en Economía, ya que plantea decisiones delicadas en cuanto a priorización: ¿debe uno ser priorizado sobre el otro? ¿cuál de ellos? ¿tal priorización no cambia en el tiempo?

Aquí vuelven a cobrar importancia fundamental los juicios éticos y de valor de los miembros de la comunidad, expresados, aunque en forma imperfecta, en los de sus gobernantes de turno. El planteo de base es si conviene una economía que funcione a máxima eficiencia sin observar con atención lo que sucede con la equidad o si debe ponerse en primer lugar el problema distributivo aunque ello la aleje de las pautas de eficiencia<sup>76</sup>. Incluso deben mencionarse como relevantes las “zonas grises” en donde ninguno de los dos objetivos alcance un valor identificado como máximo pero las aproximaciones a los mismo sean diferentes. En tales casos, cada combinación eficiencia/equidad daría lugar a un nivel de bienestar diferente para la comunidad.

---

<sup>74</sup> THEIL, H., *Economic forecast and policy*, Segunda edición, Amsterdam. TINBERGEN, J., *On the theory of economic policy*, Amsterdam, 1955 (edición revisada).

<sup>75</sup> TRAPE, A., *Bienestar de la comunidad ¿tarea del Estado o del mercado?*, Apuntes FCE (versión 2016), pags 1 a 33.

<sup>76</sup> Se entiende que esta discusión, ya de por sí compleja, se dificulta aún más si se agrega el problema del acuerdo o no sobre la máxima equidad.

La solución al problema no es unívoca ni permanente, es posible que cada comunidad tome en este sentido decisiones diferentes, sacrificando alguno de los dos objetivos, o incluso dejando “brechas” en ambos.

Es por lo tanto una “decisión de hierro” en la cual las generalizaciones tienen poco valor. Sin embargo, pueden reconocerse en ella algunos matices que pueden ser de utilidad a la hora de decidir o evaluar políticas públicas alternativas. En primer lugar, puede ocurrir que en algunas situaciones la disyuntiva pierda fuerza o no exista (al menos en un rango) y pueda avanzarse positivamente en busca de ambos objetivos. Esto implica la existencia de “zonas de armonía” en las cuales, en forma temporaria o permanente, no se manifiesta en forma definida el conflicto.

En segundo lugar, aún en zonas de conflicto, la definición que una sociedad pueda dar a la opción “eficiencia o equidad” no es tajante ni permanente. En otros términos no tiene sentido pensar en juicios de valor que exclusiva y permanentemente prioricen la eficiencia dejando de lado totalmente la equidad, o viceversa. Un ejemplo simple puede servir para ilustrar este caso: si la redistribución de bienes (o ingresos) desde el individuo 1 hacia el individuo 2 no provoca “pérdidas” de unidades, no habrá conflicto. En este caso sencillo la persistencia de un diferencial entre utilidades marginales entre individuos será señal para seguir “traspasando”, ya que se transita una zona de armonía.

Sin embargo, sin desvirtuar los conceptos, es posible agregar complejidad al problema, si se supone que en la redistribución entre los dos individuos “se pierden” algunas unidades del bien. En tal caso se ingresa en una zona de conflicto y la respuesta no es inmediata: será necesario evaluar globalmente ambas situaciones para decidir por la conveniencia o no de la redistribución, ya que es posible que menos unidades, pero distribuidas más adecuadamente generen un mayor bienestar que más unidades concentradas en uno de los participantes.

Estos dos matices resultan de fundamental importancia a la hora de analizar las posibilidades que una comunidad tiene de avanzar hacia su máximo bienestar, concepto que englobaría a ambos objetivos (eficiencia y equidad), ya que por un lado existiría una “relación de intercambio” entre ambos (definida por las zonas de armonía y de conflicto) y al mismo tiempo una “función de preferencias”<sup>77</sup> de la comunidad respecto de ellos, definida por la valoración que la comunidad hace de ellos

Usualmente se escucha la referencia al problema del “desincentivo” según el cual cuando se realizan acciones tendientes a equilibrar ingresos (tal como una política fiscal progresiva de impuestos), quienes realizan tareas de mayor productividad serán sujetos pasivos de la redistribución y por ello se rehusarán a continuar con dichas tareas o reducirán su frecuencia para así reducirla carga impositiva, con lo cual finalmente la producción se reducirá. Si bien esto es conceptualmente aceptable y guarda sentido, no siempre ocurre de esta manera ya que hay muchas situaciones en donde la situación de ingresos netos de los agentes no siempre es peor con el sistema redistributivo en funcionamiento.

---

<sup>77</sup> SEN, AMARTYA, La idea de justicia, Taurus, Alfaguara 2011, Buenos Aires, págs. 283 a 320



Por otra parte, con frecuencia se asocian las políticas que impulsan la producción (como una rebaja impositiva) a beneficios para los sectores empresariales más pudientes de una comunidad, lo cual debilita la equidad distributiva<sup>78</sup>. Nuevamente, esto no siempre ocurre de esa manera: una rebaja impositiva puede implicar que una pequeña empresa siga en funcionamiento y mejore su situación, sosteniendo el empleo o mejorando los salarios.

Esto significa que la mera noción de “conflicto” no es en sí misma un obstáculo para paralizar las políticas públicas que buscan avanzar en el bienestar de la comunidad. El punto central es si la economía se encuentra en una situación de restricción donde es imposible avanzar en ambos o no, momento en que el conflicto se hace presente en la realidad y no puede soslayarse.

Lo importante es que aparecen entonces las “zonas de armonía”, situaciones en las cuales es posible avanzar en ambos aspectos. Subsistirá sin embargo en estos casos el dilema acerca de en cuál avanzar más y en cuál menos (en caso de existir un “menú” de pasos a dar), lo cual vuelve a plantear los interrogantes de priorización. Asumiendo que la máxima equidad fuese identificable y hubiese acuerdo al respecto, el tamaño relativo de las “brechas” hacia cada máximo puede servir de orientación: un país con altos niveles de eficiencia (aunque no máximos) y rezagado en materia de equidad distributiva priorizará esta última y viceversa.

En la práctica, identificar estas zonas de armonía se transforma en un desafío muy importante<sup>79</sup>, ya situarse en la “zona de confort” de la hipótesis de conflicto puede paralizar a la política pública sin necesidad ni fundamento y hacer que la comunidad pierda la posibilidad de avanzar en ambos frentes.

#### **4 La interdependencia**

Además de los inconvenientes derivados de la definición y la simultaneidad de los máximos, debe tenerse muy presente el problema de la interdependencia entre eficiencia y equidad distributiva<sup>80,81</sup>.

Este problema se refiere a que difícilmente ambas dimensiones son separables, en el sentido de que sea posible encontrar acciones de política económica que sólo afecten a una de ellas sin producir cambio alguno en la otra. Cada acción de política produce efectos en ambas,

---

<sup>78</sup> SEN, A., Elección colectiva y bienestar social, Alianza Universidad, Alianza Editorial, Madrid, 1976, capítulo 3, 4 y 4\*

<sup>79</sup> GONZALEZ, I. y MARTNER, R., Superando el síndrome del “casillero vacío”, Revista Cepal 108, 2012.

<sup>80</sup> Rodrik, Dani (1998) “Why Do More Open Economies Have Bigger Governments?” Journal of Political Economy, 106.

<sup>81</sup> Alesina, Alberto, Reza Baqir and William Easterly (2000) “Redistributive Public Employment,” *Journal of Urban Economics*, 48, 219-241.

aún cuando haya sido diseñada pensando en una de ellas específicamente, los impactos colaterales sobre la otra son inevitables<sup>82</sup>.

De tal forma, si ambos aspectos son relevantes para una comunidad (y deben serlo), cada acción de política económica debe ser evaluada según ambos impactos: el buscado y el colateral. Nada indica a priori que los impactos sean conflictivos (avance en un aspecto y retroceso en el otro), ya que puede tratarse de zonas de armonía, ni tampoco que en zonas de conflicto el colateral detenga el avance. Lo que aquí se indica es que ambos efectos deben incluirse en el análisis para la toma de la decisión.

Esto implica que nos es conveniente (ni tampoco es correcto) en un plan de política económica dividir las acciones dirigidas a cada uno de los dos objetivos en forma tajante, disociándolas unas de otras. Si bien es claro que existen acciones que primordialmente apunta a un objetivo actuando colateralmente sobre el otro, los impactos “cruzados” no pueden soslayarse ni considerarse inexistentes.

## **8. El debate, reconsiderado**

Considerado como uno de los más importantes temas pendientes de la “naciente generación” de los estudiosos del L&E, el dilema aparente entre la persecución de la eficiencia o la defensa de la equidad en el trazado de las políticas públicas que debería definir un buen gobierno debe ser reconsiderado a la luz de las posibles “zonas de armonía” y “zonas de conflicto” entre ambas posiciones.

Si bien el interrogante a priori parece ser simple de resolver (difícilmente se pueda argumentar con éxito preferir una situación con menor eficiencia y equidad a otra con mayor dosis de ambos), las situaciones más frecuentes resultan polémicas ya que involucran avances y retrocesos en uno y otro, lo cual lleva a innumerables discusiones entre defensores de cada aspecto. La discusión se hace más compleja cuando se agregan algunos elementos en donde los juicios de valor (naturalmente diferentes entre las personas) no sólo se hacen presentes sino que juegan un rol fundamental. Tal es el caso de la dificultad para establecer la situación de “máxima equidad” o la posibilidad de arribar a situación de máximo simultáneo.

A la luz de estos aspectos, la disyuntiva debe ser reconsiderada, de manera que en aún con la incorporación de estos problemas, puedan realizarse análisis permita tener algunas pautas útiles al momento de diseñar y aplicar políticas públicas que tengan como objetivo mejorar la situación de la sociedad. La identificación de “zonas de armonía” juega un rol central en esta reconsideración, no sólo al reconocer su existencia sino al plantear su

---

<sup>82</sup> Benabou, Roland (1996) “Inequality and Growth,” in 1996, Benjamin Bernanke and Julio Rotemberg, eds., NBER Macroeconomic Annual, Cambridge: MIT Press.

extensión y frecuencia, como así también la investigación permanente acerca de nuevas posibilidades de avanzar en simultáneo, permitidas por el desarrollo tecnológico y los avances en la capacitación de las personas.

De tal forma, es necesario que quienes vayan a llevar a la práctica el concepto de monopolio de la legítima violencia weberiano y para se encuentren a cargo de la formulación de la normativa legal y de su aplicación práctica, tengan muy claro el impacto que cada ley, decreto, ordenanza o resolución tiene sobre la eficiencia económica y sobre equidad distributiva y sean capaces de evaluar si el impacto final de tales normas es positivo o negativo sobre la bienestar de la comunidad.

Si bien la disyuntiva eficiencia/equidad existe y a menudo es operante, no debe paralizar las iniciativas (mucho menos justificar la inmovilidad), ya que es posible “expandir la frontera” de posibilidades conjuntas a medida que los desarrollos tecnológicos y las técnicas de manejo y difusión de la información mejoran. Mientras tanto, acudir al “principio de parsimonia” de Brainard por el cual la política económica no debe inmovilizarse ante la incertidumbre sino movilizarse gradualmente, puede ser una salida adecuada<sup>83</sup>.

Los economistas deben tener presente que plantear una restricción inexistente puede resultar tan dañino como hacer caso omiso de una restricción existente.

---

<sup>83</sup> BRAINARD, W. (1967). Uncertainty and the Effectiveness of Policy, American Economic Review 57, 411-425.

## 9. Laboratorio de análisis económico del derecho para la Provincia de Mendoza

A partir del recorrido sobre el estado actual de la temática del L&E/AED y, luego de identificar posibles “zonas de armonía” y “zonas de conflicto” tendientes a trabajar sobre un “enfoque integrado y simultáneo”, resta la posibilidad de diagramar una propuesta de creación de una “unidad consultiva” para la Provincia de Mendoza que apunte a la satisfacción de este objetivo.

En la Provincia de Mendoza, se verifica la existencia de un completo vacío operacional en lo relacionado con esta temática por lo que, en principio, se intuye resultará conveniente desarrollar una propuesta de unidad consultiva que desde el ámbito de la Universidad y, en particular, de la Facultad de Ciencias Económicas, provea la posibilidad de entregar asesoramiento, desde un enfoque científico, a los organismos pertenecientes al Estado administrador, legislador y prestador del servicio de justicia.

Del mismo modo, a nivel país, tanto en el Poder Ejecutivo como en el Poder Legislativo de Argentina, no se encuentran antecedentes de estructuras técnicas permanentes o transitorias, destinadas a proporcionar análisis previo a la gestación de políticas públicas, que atiendan a una consideración económica previa al dictado de normativa destinada a sanear situaciones de inequidad en el acceso a bienes y servicios provistos y/o producidos por el Estado.

Ahora bien, en el ámbito del sistema de administración de justicia Federal de Argentina, si es posible registrar como antecedente, la creación en la órbita de la Secretaría General de Administración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de una Unidad de Análisis Económico<sup>84</sup>. La misma fue creada para cubrir la función de “(...) *realizar estudios de índole económica necesarios para atender los requerimientos de evaluación que en materia económica pudieran producirse sobre variables económicas, como consecuencia de decisiones que eventualmente pudieran adoptarse en expediente en trámite ante el tribunal (...)*” (Punto 2.a. de la Acordada).

## 10. Creación del Laboratorio de Análisis Económico del Derecho – LAED

Sabido es que en contextos de crisis como el que atraviesa Argentina, llega un punto en que al ciudadano en general poco le importan los tecnicismos jurídicos. Que se le señale si algo es legal o no, si corresponde o si una ley mal interpretada, no sirve de nada si no logra

---

<sup>84</sup> Acordada 36 (CSJN, 09/09/09).

que sea percibido por parte de la comunidad, como un pronunciamiento transparente, solidario y sustentable en términos de la sociedad y el sistema económico en su conjunto. Así, en la conciencia colectiva, el Estado es uno solo, tanto en su accionar ejecutivo, como legislativo y por supuesto judicial y, es por ello que el andamiaje normativo – en toda la extensión del concepto y su interpretación ante situaciones de conflicto, debe asegurar su percepción como herramienta que garantice equidad.

Es de amplio dominio que el antecedente señalado en el ámbito de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de su Unidad de Análisis Económico, exhibe una escasa performance en el tiempo. No obstante, creemos resultaría inconducente negar la necesidad de incentivo a los tribunales de la Provincia de Mendoza para profundizar un camino de adecuación a la realidad económica, social y política en la que se insertan los casos bajo su órbita.

Y es en el mismo sentido, que también creemos que esta apreciación resulta potenciada, al ser trasladada al ámbito de la Legislatura y Poder Ejecutivo de Mendoza, en tanto su involucramiento en el proceso de gestión de leyes y normativa reglamentaria. Específicamente nos referimos al impacto económico del dictado de sus decisiones en cuanto a distorsiones y disfunciones a disparar en el campo de equidad y eficiencia del sistema económico de la Provincia de Mendoza.

Dada entonces la inexistencia en la Provincia de Mendoza, de un espacio orgánico de estudio y asesoramiento sobre L&E, la creación de la unidad consultiva como la propuesta – LAED deberá adherir sin lugar a dudas, a un “enfoque integrado”, que permita delinear la toma de decisiones puntuales en “zonas de armonía” y estrategias de mitigación de impactos de políticas incluidas en “zonas de conflicto”.

## **11.LAED: diseño orgánico-funcional**

El Laboratorio de Análisis Económico del Derecho – LAED, será creado en el ámbito del Centro de Investigación y Vinculación Económica – C.I.V.E perteneciente a la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Cuyo.<sup>85</sup>

### Visión

Ser un Laboratorio referencial a nivel regional, de Investigación en Análisis Económico del Derecho – AED - con formación de equipos de investigación, especializados en interpretación y evaluación de impacto económico de normativa general y sectorial desde políticas públicas y decisiones emergentes.

---

<sup>85</sup> (Ord. 004/19 CD - FCEUNCUYO)

## **Misión**

Operar un laboratorio que visualice, determine, desarrolle e implemente metodologías, técnicas y herramientas de análisis económico del derecho, en el ámbito de la Facultad de Ciencias Económicas de UNCUYO.

## **Objetivos**

. Formular estrategias para madurar datos e información, que potencialmente se correspondan con campos del conocimiento que, a priori, constituyan áreas de armonía y/o de conflicto, entre los enfoques de las Ciencias Económicas y el Derecho, relacionados con normativa general y/o sectorial a partir de políticas públicas y decisiones ejecutivas, legislativas y judiciales emergentes.

. Desarrollar soluciones disruptivas generadoras de impactos conducentes a un verdadero upgrading en la generación y aplicación de derechos.

. Brindar capacitación y asistencia técnica a las diferentes áreas de gobierno ejecutivo provincial y municipal, en etapa de elaboración de proyectos de intervención institucional en mercados que involucren a sectores productivos de bienes y/o servicios de la economía provincial.

. Brindar capacitación y asistencia técnica en la elaboración de proyectos por parte de las Cámaras de Diputados y Senadores de Mendoza, en aquellos aspectos relacionados con la asignación de los recursos públicos efectuada mediante la Ley de Presupuesto de la Provincia.

. Brindar capacitación y asistencia técnica a las diferentes instancias judiciales que lo requieran, en lo relativo a la debida merituación de impactos involucrados, al momento de tomar posición frente al reconocimiento de derechos fundamentados en criterios de equidad que desconozcan la sustentabilidad económica del agregado social de una comunidad.

## **Acciones estratégicas**

. Conformar un equipo de investigadores tendiente a contribuir a un cambio de consideración de los impactos económicos de sus acciones por parte de los decisores públicos, pertenecientes a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial de la Provincia de Mendoza.

. Fortalecer la presencia de los investigadores y profesionales de la Facultad en los ámbitos jurídicos provinciales (ejecutivos, legislativos y judiciales) en los que la lógica y el lenguaje económico aún encuentran resistencias institucionales a su adopción.

## **Líneas de investigación**

Se propone atender la consideración, en general y en particular de áreas de actual sensibilidad:

- área derechos reales;
- área derechos personalísimos;
- área derechos sociales;
- área derechos de protección de datos;
- área derechos de propiedad intelectual;
- área derechos y obligaciones fiscales.

## **Actividades**

- Desarrollo de actividades de investigación y extensión relacionadas con las líneas de investigación del Laboratorio;
- Asistencia de integrantes, a cursos e instancias de perfeccionamiento y formación específica;
- Organización de simposios, seminarios, jornadas, conferencias, charlas, coloquios, jornadas, masterclass, etc.;
- Desarrollo y mantenimiento de sitio institucional web del LAED con prestaciones de reservorio de antecedentes y actualizaciones de actividades de interés relacionadas con el objeto del Laboratorio;
- Elaboración de informes periódicos de avances en temática AED. Concretar además, publicación de actividades y resultados de proyectos del Laboratorio, en formato físico y digital;
- Elaboración de informes de asistencia técnica a requerimiento de instancias de organismos ejecutivos, del Poder Legislativo y del Poder Judicial;
- Conformación de acuerdos de colaboración con instituciones científicas y profesionales involucradas en la temática AED

## **Estructura, gobierno, dotación, selección y calificación de las personas integrantes**

Si bien las definiciones propias de la instancia de organización del Laboratorio, deberán ser determinadas en detalle y acompañarse en ocasión de concretar su creación dentro del ámbito de C.I.V.E. FCEUNCUYO<sup>86</sup>, en una primera aproximación puede anticiparse un diseño funcional del siguiente orden

- a) Área de responsabilidad, relación Poder Ejecutivo;
- b) Área de responsabilidad, relación Poder Legislativo;
- c) Área de responsabilidad, relación Poder Judicial;

Esta división funcional alineada con los principales objetivos del LAED, deberá ser tenida en cuenta como parámetro inicial para su organización. Además, se deberá contemplar en su estructura, un área funcional no sustantiva de comunicación y vinculación con la comunidad

Finalmente, creemos que ciertamente resulta una afirmación verosímil, anticipar que el fortalecimiento de las capacidades de consideración técnica desde una perspectiva económica por parte de:

- (i) los miembros del Poder Ejecutivo, en su rol de planificadores y ejecutores del accionar del Estado administrador;
- (ii) los miembros de la Legislatura Provincial en materia de elaboración de proyectos, aprobación y control presupuestario y,
- (iii) los integrantes de los diferentes niveles del Poder Judicial, desde sus decisiones frente a la conflictividad elevada a su órbita

No sólo contribuirá a elevar la calidad de su participación en la discusión y el seguimiento de las situaciones de armonía o conflicto en cuanto al cuidado del necesario equilibrio entre equidad y eficiencia, sino que estimulará al Estado como un todo, para que sea cada vez más transparente en la presentación de sus proyectos (fundamentos y objetivos) y en el reconocimiento judicial del valor justicia.

---

<sup>86</sup> Con el cual deberá además articularse la relación de dependencia jerárquica y funcional



## 12. Condiciones de éxito del LAED para la Provincia de Mendoza

A partir de la revisión bibliográfica y consideraciones formuladas sobre la realidad existente en el ámbito de los tres poderes republicanos del nivel estadual y municipal de Mendoza, es posible identificar cuáles deberían ser las condiciones mínimas indispensables para el establecimiento del LAED Mendoza. Se destaca que estas condiciones, actuarán como inductores de performance, en el sentido de contribuir al cumplimiento del objetivo de fortalecer las capacidades Ejecutivas, Legislativas y Judiciales, a partir de la articulación desde la Facultad en consideraciones de análisis económico sustentable de decisiones.

Para ello, deberá verificarse:

a. Existencia de un marco de acuerdo institucional favorable al fortalecimiento de las posibilidades de consideración de una optimalidad económica en la gestación políticas, normas y leyes desde el Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo. Otro tanto debiera acontecer con respecto al ámbito del Poder Judicial.

b. Adhesión sólida y formal de actores profesionales involucrados en los procesos objeto de análisis. Esto podría canalizarse a través de la participación de entidades de representación intermedia, como el caso de Colegio de Abogados, Asociación de Magistrados, referentes de las fuerzas representadas en la Legislatura, referentes de iniciativas de innovación y modernización del Ejecutivo, etc.

c. Tanto en la función de difusión y articulación de los conceptos presentes en el AED, como en su incidencia en los procesos de definición y seguimiento de decisiones ejecutivas, legislativas y judiciales deberá prestarse especial atención al hecho que, en el momento actual, existe en Mendoza un clima de opinión pública que demanda transparencia, solidaridad y sostenibilidad económica, producto de la crisis fiscal existente, a la que se suman algunos escándalos ocasionados por el descubrimiento en Argentina de episodios de corrupción.

d. La eficacia del LAED propuesto, estará dada por la confianza y el crédito que genere entre los usuarios de sus servicios: las comisiones especializadas, sus miembros y los legisladores en el área legislativa.<sup>87</sup> Los jueces y profesionales litigantes en el caso Judicial.

---

<sup>87</sup> Un paso para conseguir una relación fluida de trabajo con las comisiones especializadas en la tramitación de las leyes presupuestarias y con sus respectivas secretarías, se establece a partir de la clara definición previa de los productos que el LAED deberá proveer, así como su calendarización

## 13. Conclusión

Creemos que en la actualidad, se debe entender a las sociedades de bajo un enfoque colectivista, considerando que el todo es mucho más que la suma de los individuos. Es importante destacar que gran parte de la plataforma legal habitualmente invocada se concentra en la individualidad y no en lo colectivo ciudadano y es en este punto, donde cobra importancia el concepto económico de eficiencia.

Esto es, creemos debiera darse preponderancia a ideas de cohesión social, que se fijan en los diferentes colectivos que componen una sociedad heterogénea. Es decir, no colocar el foco en las libertades individuales, sino observando los grupos existentes al interior de cada comunidad. Esto es así, porque de nuevo, creemos que toda sociedad es más que la suma de sus individuos y tiene a su vez, diversas dimensiones, donde nuevamente, situaciones como preservar el equilibrio macroeconómico en beneficio del agregado social, adquiere preponderancia.

Es definitiva, creemos que debemos reconocer derechos constitucionales, humanos pero sobre la base de la articulación de construcciones colectivas. Aún a riesgo de ser calificados como extremos, pensamos que esos derechos individuales deben ser considerados herramientas, no objetivos en sí mismos, porque en realidad son herramientas para posibilitar el propósito para el cual se crearon los Estados, que es proveer instrumentos con el fin que las personas puedan cooperar.

**EFICIENCIA VERSUS EQUIDAD  
DILEMA APARENTE EN EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO**

**ANEXO 1**

**CASO de APLICACIÓN I**

**LEY GENERAL DE AGUAS DE LA PROVINCIA DE MENDOZA**

Javiera Salas

## Caso de aplicación: Ley General de Aguas de la provincia de Mendoza

En el presente apartado se llevará a cabo un AED de la Ley General de Aguas de la provincia de Mendoza, el estudio será de tipo positivo ya que no se busca determinar que norma es más adecuada para distintas situaciones como en un análisis normativo si no que simplemente se explica el efecto económico que la norma tiene en los diferentes mercados o sobre los diferentes agentes.

El agua es un bien con ciertas características especiales que impiden que se lo trate como cualquier bien normal que se comercia en competencia perfecta, principalmente porque el agua es un bien público y es difícil excluir a personas de su uso aun cuando estas no paguen por ella, pero aunque sea de difícil exclusión, el agua si presenta rivalidad en el consumo (el agua consumida por un agente no puede ser consumida por otro) por lo que no es un bien público puro. Además, el agua es un recurso escaso que se necesita para hacer frente a las necesidades de irrigación de los cultivos de la provincia ya que el clima árido de la zona hace imposible para los productores depender de las precipitaciones, así se puede observar que el uso de agua en exceso de algunos productores tiene externalidades negativas sobre los otros (cuenca abajo) que no pueden hacer el mismo uso del recurso.

Generalmente, cuando se trata de recursos naturales en los que no existe exclusión pero si rivalidad en el consumo se produce lo que comúnmente se conoce como “tragedia de los comunes” donde la indefinición de los derechos de propiedad sobre el recurso termina en la sobre explotación de este, causando efectos negativos y un menor beneficio social para el conjunto de agentes en su totalidad. Como una solución a la tragedia de los comunes la Ley General de Aguas establece en su título II “*Del Dominio de las Aguas*” que el agua corriente será de dominio público, pero estará limitado por el derecho adquirido de los particulares y tal derecho reconocido de aprovechamiento indefinido del agua para riego le fue concedido a todos los terrenos cultivados que existían en la provincia la fecha de la presente ley (1884) y quedó totalmente prohibido aumentar los derechos de aprovechamiento del agua más allá de esos terrenos. Esto en cierto modo convirtió a los propietarios de los terrenos cultivados en “condóminos” del agua disponible para riego.

La creación de derechos de propiedad sobre los bienes y recursos constituyen la base de uno de los resultados más importantes de la teoría económica aplicable al análisis del derecho (Coloma, 1999), el “teorema de Coase”, que establece que, *si los derechos de propiedad están bien definidos y no existen costos de transacción, entonces el equilibrio de mercado es eficiente*. La Ley General de Aguas cumple en establecer derechos de propiedad bien definidos que se alinea con el teorema pero pareciera no cumplir con este cuando establece en su artículo 14 que “El derecho de aprovechamiento del agua es inseparable del derecho de propiedad sobre todo terreno cultivado o que se cultive en la provincia”, esto elimina la posibilidad de comercializar el derecho de aprovechamiento del agua si no es conjuntamente con el terreno, sería lo mismo que suponer un caso en el que los costos de transacción fueran extremadamente elevados.

Esto impide que, si el dominio sobre el recurso recae sobre una persona que no tiene interés en explotarlo, otro interesado tenga la posibilidad de efectuar una oferta para adquirir el recurso en cuestión. Esto es lamentable ya que lo que el teorema de Coase dice es que la posibilidad de efectuar transacciones es lo que garantiza el uso eficiente del recurso común. La ley simplemente contempla en su artículo 16 que “El derecho de aprovechamiento del agua se pierde por el abandono de su ejercicio por más de cinco años”, por lo tanto, las personas que no hagan uso de su derecho simplemente lo perderán sin tener la posibilidad de intercambiarlo en el mercado.

**EFICIENCIA VERSUS EQUIDAD**  
**DILEMA APARENTE EN EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO**

**ANEXO 2**

**CASO de APLICACIÓN I**  
**SISTEMA UNIVERSITARIO ESTATAL ARGENTINO**

Juan Manuel Peinado

## **CASO DE APLICACIÓN 2**

### **SISTEMA UNIVERSITARIO ESTATAL ARGENTINO**

El nivel de educación superior universitario estatal en Argentina está en su mayoría financiado con recursos públicos del Estado Nacional en lo que respecta a la educación de grado, para favorecer el cumplimiento de ciertos objetivos plasmados en diferentes leyes que representan, de alguna manera, las preferencias sociales de la comunidad. Con la promulgación de la Ley Federal de Educación 24.195 en 1993, se dejó en claro que el Estado debía garantizar el acceso a la educación en todos sus ciclos y niveles, y guiar la política educativa en búsqueda del desarrollo social, cultural, científico tecnológico y el crecimiento del país, de la concreción de una efectiva igualdad de oportunidades y posibilidades para todos los habitantes, y de la equidad a través de la justa distribución de los servicios educacionales. Particularmente, la Ley de Educación Superior 24.521 sancionada en 1995, estableció como objetivos de la educación superior, por un lado, la formación de profesionales y garantía de la calidad, junto con la propensión a un aprovechamiento integral de los recursos humanos y materiales asignados, y por otro, la garantía de la igualdad de oportunidades y condiciones en el acceso, la permanencia, la graduación y el egreso en las distintas alternativas educativas<sup>1</sup>.

El sistema universitario ha sido analizado en dos aspectos cruciales, que las leyes sancionadas enunciaban como objetivos y encomendaban al Estado su cumplimiento: la eficiencia y la equidad. Defensores de la eficiencia plantean que la Universidad Pública no logra los objetivos de equidad y busca hacerlo a costa de la eficiencia y que, si se realiza un análisis del impacto redistributivo del gasto, la política pública termina siendo regresiva<sup>2</sup>. Defensores de la equidad, por otro lado, rechazan que la asignación de recursos en el sistema universitario estatal esté guiada por las leyes del mercado y que las políticas educativas sigan su línea, y abogan por la gratuidad como medio para obtener la igualdad.<sup>3</sup>

Con la promulgación de estas leyes, al Estado le cabe la gran responsabilidad de asegurar tanto los objetivos de eficiencia como los de equidad, con los instrumentos básicos que tiene para realizarlos. Una pregunta interesante a responder es si se han podido cumplir los objetivos; en otras palabras, si el Estado ha sido capaz de dar respuestas satisfactorias tanto en el frente de eficiencia como en el de equidad, que la sociedad argentina, representada en sus legisladores, ha demandado y sigue demandando en sus leyes. El alcance de ambos objetivos de manera simultánea es imposible de obtener con la disponibilidad de recursos, por lo que la política educativa debe ponderar socialmente los objetivos y avanzar en aquellos que crea que la sociedad prefiere.

Para tener una idea de este tipo de ponderación, puede observarse lo siguiente. La ley 24.521 (Ley de Educación Superior, 1995) establecía en su artículo 58 que la distribución de los recursos entre las universidades debía tener en consideración indicadores de eficiencia y equidad. Sin embargo, esto en la práctica no se cumple y existen distribuciones de recursos discrecionales entre las unidades académicas, generando problemas de incentivos en las universidades a la hora de desempeñarse con eficiencia. Por otro lado, tanto la ley 24.195 (Ley Federal de Educación, 1993) como la 24.521 fomentan la igualdad de oportunidades en el acceso, permanencia, graduación y egreso de los estudiantes con la gratuidad; la cual ha

sido ratificada en la ley 27.204 (ley de implementación efectiva de la responsabilidad del Estado en el nivel de educación superior) en el año 2015 con la promoción del acceso irrestricto. Por lo tanto, en la ponderación, el Estado parece haberse decidido por la equidad, al menos en lo jurídico.

Debido a la relación teórica existente entre los conceptos de eficiencia y equidad como dilema de política económica, y a los debates existentes en relación a los mismos aplicados a la educación superior universitaria, puede realizarse un abordaje empírico que contraste lo que suele llamarse *disyuntiva eficiencia-equidad*. Para poder abordar empíricamente la disyuntiva, resulta necesario definir los conceptos de eficiencia y equidad y el nivel de análisis (ya sea a nivel de gasto, analizando las diferentes partidas presupuestarias, o a nivel universidad y la distribución de los recursos entre ellas), determinar una dimensión temporal de análisis, establecer si la visión a realizar es social o privada y exponer los juicios, valoraciones e interpretaciones del analista respecto de las preferencias sociales y de la ponderación de los objetivos de equidad, principalmente.

Limitándose al nivel universidad, según las leyes antes mencionadas, y estos conceptos, se pueden trazar como objetivos de eficiencia del sistema universitario estatal argentino: 1) la formación de profesionales y aseguramiento de la calidad, y 2) la propensión a un aprovechamiento integral de los recursos materiales y humanos; y como objetivos de equidad: 1) el acceso irrestricto de todos aquellos que hayan terminado la secundaria, y 2) la igualdad de oportunidades en el acceso y permanencia.

El sistema universitario estatal se caracteriza en términos de eficiencia por las bajas tasas de graduación, los elevados niveles de alumnos por docente equivalente, altas tasas de abandono, bajo desempeño de los alumnos y, por lo tanto, altas tasas de repitencia que llevan a extender la duración media de las carreras<sup>4</sup>. La productividad de los insumos en el sistema estatal también es menor en relación al privado y a otras universidades extranjeras. Estas características son limitantes del logro de los objetivos, y a la vez consecuencias de políticas no implementadas y de regulaciones en la distribución de los recursos no aceptadas por los agentes económicos por la falta de consenso entre los mismos<sup>5</sup>.

Con respecto a la equidad, es necesario aclarar que la presencia de la ley, su publicación y puesta en marcha no garantiza el cumplimiento del objetivo. *Garantizar* el acceso irrestricto, junto con la gratuidad, no implica que diferentes circunstancias de los individuos los lleven a tomar decisiones que van en contra de la propuesta de la ley: por ejemplo, la región donde vive el individuo, el ingreso que percibe, las necesidades básicas insatisfechas que posea, entre otras circunstancias, pueden hacer que la igualdad de oportunidades no se cumpla propiamente; y allí es donde deben ir dirigidas las políticas del Estado. Por lo tanto, si bien la elección social puede ser la equidad, esta no está garantizada por el solo hecho de estar expresa en las leyes correspondientes. Esto sumado a que la eficiencia no parece estar valorada en el mismo nivel que la equidad, pueden coexistir bajos niveles de eficiencia y bajos niveles de equidad.

De acuerdo a Peinado (2020)<sup>6</sup>, existen dos períodos marcados donde puede notarse el aparente dilema aplicado al sistema universitario estatal argentino, donde los objetivos de eficiencia y equidad parecen haberse cumplido concomitantemente en uno, y haber



retrocedido en el otro. Los objetivos que toma en consideración son los expresados con anterioridad.

Por un lado, en el período 2003-2010, hubo avances en ambos frentes. A pesar de la baja productividad de los recursos empleados en relación al sistema privado y a universidades extranjeras, mejoraron los niveles de producción de egresados respecto al mundo y hubo progreso en la eficiencia técnica medida por la tasa de abandono, la cantidad de estudiantes con resultados académicos positivos y la relación docentes-estudiantes. Respecto a equidad, pueden observarse caídas en las brechas de escolarización discriminadas por distintas *circunstancias* del individuo, como el ingreso, la presencia de necesidades básicas insatisfechas y la región donde habita. A ello puede sumarse un avance en la igualdad de oportunidades estimada y medida con métodos econométricos y utilizando indicadores estadísticos, respectivamente.

Por otro lado, en el período 2010-2017, hubo retrocesos en los niveles de eficiencia, con magros resultados en términos de equidad. Los indicadores de eficiencia muestran un retroceso en ambos objetivos propuestos, mientras que, al observar la equidad, no sufre ni avances ni retrocesos en el primer objetivo, pero sí empeora la igualdad de oportunidades.

De un punto de vista global, puede decirse entonces que existieron zonas de armonía entre los objetivos de eficiencia y equidad en el primer período desde 2003 hasta 2010 aproximadamente, donde se progresó tanto en el frente de eficiencia como en términos de equidad. Sin embargo, a partir del 2010, la igualdad buscada por el primer objetivo ya comenzaba a mostrar un techo, y la igualdad de oportunidades del segundo parecía empeorar. Concomitantemente, los niveles de eficiencia medidos por los indicadores seleccionados, comienzan a deteriorarse, tanto con respecto al resto del mundo, como en la eficiencia técnica y asignativa del sistema. Este último período se caracteriza, entonces, por un retroceso en ambos objetivos: no es una zona de conflicto propiamente, pues pudiera haberse priorizado y/o mantenido uno de los frentes en forma total, lo que no parece haber sucedido.