

ROBIN PAUL MALLOY

DERECHO Y ECONOMÍA DE MERCADO

Una nueva interpretación de los valores
del derecho y la economía

Traducción de
Carmen Albaladejo
María Cristóbal
Esteban Flamini

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2007

ÍNDICE

PRÓLOGO	11
---------------	----

CAPÍTULO PRIMERO

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO SEGUNDO

MARCO GENERAL

I. INTRODUCCIÓN BÁSICA A LA SEMIÓTICA.....	44
II. BREVE RESUMEN DEL ARGUMENTO ORIGINAL	53

CAPÍTULO TERCERO

DERECHO Y ECONOMÍA DE MERCADO: ACLARACIONES ADICIONALES

I. EL MERCADO COMO COMUNIDAD	77
II. EL MERCADO COMO PROCESO DE SIGNIFICACIÓN SEMIÓTICA	92

CAPÍTULO CUARTO

LA RIQUEZA COMO PROCESO DE DESCUBRIMIENTO: RIQUEZA, DESCUBRIMIENTO Y ELECCIÓN IMAGINATIVA

I. EL TEOREMA DE COASE.....	118
II. ELECCIÓN PÚBLICA	129

CAPÍTULO QUINTO

LA ORGANIZACIÓN SOCIAL Y EL PROCESO DE DESCUBRIMIENTO

I.	LA RELACIÓN ENTRE LA ORGANIZACIÓN SOCIAL Y LA CREACIÓN PROACTIVA DE RIQUEZA	138
II.	ÉTICA DE RESPONSABILIDAD SOCIAL EN DERECHO Y ECONOMÍA DE MERCADO	151
1.	BOSQUEJO DE UNA ÉTICA DE RESPONSABILIDAD SOCIAL	152
2.	LA HUMILDAD	155
3.	LA DIVERSIDAD.....	158
4.	LA RECIPROCIDAD	160
5.	ÉTICA DE RESPONSABILIDAD SOCIAL Y RIQUEZA: ALGUNOS DATOS QUE LA RESPALDAN	164

CAPÍTULO SEXTO

IMPLICACIONES DE DERECHO Y ECONOMÍA DE MERCADO

I.	LA EFICIENCIA NO MAXIMIZA LA RIQUEZA	174
II.	LA DISTRIBUCIÓN EXTENSIVA FOMENTA LA RIQUEZA.....	187
III.	ESTRATEGIAS RETÓRICAS	193

CAPÍTULO SÉPTIMO

CONCLUSIÓN

BIBLIOGRAFÍA	221
ÍNDICE DE NOMBRES Y MATERIAS	233

PRÓLOGO

Al escribir este libro tengo en mente un público inicial compuesto por gente interesada en teoría legal, derecho y sociedad, jurisprudencia, semiótica aplicada, derecho e interpretación, así como en teoría de mercado entendida de manera más general. Sospecho que los economistas jurídicos más tradicionalistas encontrarán mucho de lo que hay aquí desafiante, desconocido e inquietante. Espero, no obstante, que algunos de ellos vean en este trabajo un complemento nuevo y emocionante a nuestro empeño por llegar a un mejor entendimiento de la relación entre derecho y teoría de mercado.

Al emprender este proyecto, me he beneficiado sustancialmente del programa de apoyo a la investigación del Centro para el Medio Ambiente, la Ética y la Sociedad de Oxford (OCEES), en el Colegio Mansfield, Universidad de Oxford, donde trabajé en calidad de investigador invitado durante el año 1997. También disfruté del apoyo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Siracusa. Asimismo hallé mucho provecho en las discusiones, comentarios e impresiones de los participantes en una serie de talleres, seminarios y conferencias, entre las que se incluyen: el Ciclo de Seminarios Trimestrales Trinity del OCEES; la X Mesa Redonda sobre Derecho y Semiótica patrocinada por la Universidad de Massachusetts en Amherst y la Universidad Estatal de Pensilvania; el VIII Encuentro Anual de la Asociación Canadiense de Derecho y Economía (en especial a los participantes en la sesión de trabajos en desarrollo sobre «Fronteras en Derecho y Economía»); el ciclo de talleres del profesorado en la Universidad de Georgia, Facultad de Derecho; la XII Mesa Redonda sobre Derecho y Semiótica celebrada en la Universidad Estatal de Pensilvania; el Encuentro sobre Derecho y Sociedad de 1998 (en especial a los participantes en la sesión de tra-

bajos en desarrollo sobre «Teoría de la Interpretación y Mercado»); el X Encuentro Anual de la Asociación Canadiense de Derecho y Economía; y el Encuentro Anual de la Sociedad Americana de Semiótica de 1998.

Hago extensivos mis agradecimientos a Peter Bell, Alan Childress, Maurie Cohen, Antonia Layard y Bhaskar Vira por el tiempo invertido en la discusión de algunas de mis ideas para el libro, y a Denis Brion, Maggie Chon, Kenneth Dau-Schmidt, Jerry Evensky y Roberta Kevelson por revisar y comentar diversos borradores. Le doy las gracias a Neil Summerton y a Anne Maclachlan por su ayuda y asistencia durante mi estancia en Oxford y a Stacy Crynock por su ayuda con las notas a pie de página. Quiero expresar todo mi agradecimiento a Robert Moffat y Winston Nagan por iniciarme en la teoría legal, y a Margaret por su apoyo durante el proceso de investigación y de escritura de este libro. También le doy las gracias a mi editora en Cambridge University Press, Finola O'Sullivan, por su paciencia y orientación durante el proceso de publicación, y a mi correctora, Katy Cooper, por su valiosa asistencia en la revisión del manuscrito final.

Por último, debo decir que personalmente me beneficié de los doce años de apoyo constante de Roberta «Bobbie» Kevelson, quien primero dirigió mi atención y posteriormente mi dedicación hacia una consideración del trabajo de Charles Sanders Peirce. A lo largo de aquellos años ella siempre me instaba a pensar sobre el derecho y la economía de una forma nueva e intelectualmente apasionante. Durante aquellos años ejerció una profunda influencia en la evolución de mi trabajo. En noviembre de 1998 Bobbie abandonó este mundo. Su marcha ha significado una gran pérdida para mí ya que si no la hubiera conocido este libro jamás se habría escrito y yo no sería la persona que soy ahora. Gracias, Bobbie.

CAPÍTULO PRIMERO

INTRODUCCIÓN

«Una sociedad abierta, en la que usualmente predomina un sistema legal abierto, no se asienta sobre el supuesto de que el mundo se crea de una vez y por completo, sino más bien sobre la creencia en la posibilidad de un cambio real en el mundo, es decir, en la convicción de que el universo se *transforma* y no que es, de que algo realmente nuevo puede ser creado, y de que esta verdadera novedad no se manifiesta en el orden actual de las cosas sino que está presente en los conceptos de signos en constante evolución que representan una nueva interpretación de los valores y significados de las relaciones entre las cosas».

Roberta Kevelson, *The Law as a System of Signs* ¹

La relación entre el derecho y la teoría de mercado provoca una diversidad de opiniones. Para los estudiosos del enfoque tradicional en derecho y economía, la relación es positiva, eficiente y maximiza la riqueza. Es una relación que inherentemente promueve la autonomía, la prosperidad y la justicia social. Para otros, la relación puede parecer explotadora, caótica y opresiva. Es una relación que fomenta un comportamiento regido por el interés propio y unas instituciones basadas en la codicia y el beneficio. Desde mi punto de vista, no obstante, la cuestión resulta bastante más intrincada. La relación entre el Derecho y la teoría de mercado es dinámica. Es a la vez determinada e indeterminada, basada en el interés propio y sin embargo situada

¹ KEVELSON, 1988: 35 (cursiva en el original).

dentro de la comunidad. No es simplemente un objeto de investigación o un mero conjunto de instituciones. Es una relación que hunde sus raíces en la práctica humana del intercambio y por lo tanto conlleva un proceso continuo de creación de valores y significados.

En este libro investigo estos significados y valores de una manera que va más allá de los límites tradicionales en derecho y economía. Examino, entre otras cuestiones, temas relacionados con la discriminación racial, la maternidad de alquiler, la prostitución, los mercados hipotecarios, la protección del medio ambiente, el comercio internacional y las nuevas tecnologías. En cada una de estas situaciones estudio de cerca de qué modo el intercambio tiene lugar como proceso dinámico. Exploro las redes y pautas de intercambio volviendo a situar al individuo en el contexto de la comunidad, un contexto unido a la experiencia, y planteo que los intercambios que fomentan la riqueza son sostenibles en la medida en que se ven inscritos dentro de comunidades dinámicas y con multiplicidad de valores. Mediante este argumento introduzco la teoría de «derecho y economía de mercado» como una nueva forma de entender la relación entre el derecho y la teoría de mercado.

El objeto de este nuevo planteamiento es diferente del que anima el enfoque tradicional en derecho y economía. Derecho y economía de mercado utiliza una forma de teoría interpretativa procedente de la semiótica con el fin de desvelar el proceso dinámico de la creatividad y la creación sostenible de riqueza, mientras que el enfoque tradicional se dedica al análisis estático y al cálculo de nociones de eficiencia contextualizadas. La diferencia entre estos planteamientos es vital porque influye sobre la naturaleza de nuestra existencia como seres humanos. Como tal, la diferencia presenta a la vez un desafío y una oportunidad para el enfoque tradicional. Pone en tela de juicio algunos de los supuestos fundamentales de un análisis económico del derecho a la vez que ofrece una oportunidad para la ampliación de la jurisprudencia del intercambio social.

Quizá sea útil al principio, dado que franqueo tres fronteras interdisciplinarias (derecho, economía y semiótica), formular los tres retos conceptuales fundamentales que planteo en este trabajo. En primer lugar, la teoría de la interpretación semiótica me permite cuestionar el pensamiento convencional que sitúa la tensión principal existente en el Derecho y la teoría de mercado como una tensión entre la eficiencia y los conceptos relacionados de responsabilidad

social, justicia y equidad. En contraste con esta visión, sugiero aquí que el conflicto real se establece entre la *eficiencia* y la *creatividad*². Este cambio de paradigma supone una ruptura con respecto a los debates convencionales en derecho y economía, así como en teoría legal, pero la aplicación de la teoría de la interpretación semiótica a los procesos de mercado revela que dicho desplazamiento es fundamental a la hora de entender la creación de riqueza.

Mi conclusión en este punto se basa en la apreciación de la distinción entre eficiencia y creatividad. La eficiencia, la preocupación predominante y tradicional en derecho y economía³, se fundamenta, como materia interpretativa, en un marco contextual de hábito, convención y continuidad. Implica un proceso determinado de cálculo identificable dentro de un ámbito cerrado y estático⁴. Es reactivo y se basa en el *statu quo* porque se ocupa de sacar el mayor provecho de nuestro entendimiento actual sobre las oportunidades del mercado. Dicho de una forma sencilla, centra su atención en cómo cortamos el pastel más que en aumentar el tamaño del pastel o hacer un pastel totalmente nuevo, o incluso hacer una tarta. La creatividad, por otro lado, surge en un entorno de potencialidad, de discontinuidad e indeterminación⁵. Desde una perspectiva semiótica, esto conlleva un proceso dinámico de descubrimiento, que se realiza en un ambiente ético de responsabilidad social. Es por definición proactivo y está en continua evolución.

La distinción entre eficiencia y creatividad, tal y como he perfilado antes, me lleva a mi segundo desafío fundamental para el enfoque tradicional en derecho y economía. Utilizando el método semiótico, sostengo que la creatividad es un motor básico en la formación de riqueza y prosperidad social y, por consiguiente, que el análisis de la eficiencia no merece tal primacía en el estudio del derecho y la teoría de mercado. En lugar de centrar tanto nuestra atención sobre la eficiencia, deberíamos examinar detenidamente el proceso de creati-

² Para un ejemplo de consideraciones estándar, v., p. ej., SUNSTEIN, 1999; HOVENKAMP, 1990: 815, 815-852 (en particular, pp. 835-851); HOVENKAMP, 1992a: 16-18, 23-28; MALLOY, 1988a: 210, 210-274; MALLOY y POSNER, 1990: 147, 147-184; MALLOY, 1986: 163, 163-177. Para perspectivas alternativas v. MALLOY y BRAUN, 1995.

³ V., p. ej., POSNER, 1992a: 1-29; BARNES y STOUT, 1992; COOTER y ULEN, 1997; SEIDENFELD, 1996.

⁴ V. KIRZNER, 1992: 1-54.

⁵ KIRZNER, 1992; KEVELSON, 1993b: 1-47; SHERIFF, 1994: xiii-xxi, 9-16, 31-49.

vidad en su relación con el intercambio de mercado y las redes y pautas de interacción en sociedad. El análisis de la eficiencia tiene su función en la teoría de mercado, pero es incapaz de abordar la creatividad de forma adecuada, porque la creatividad es indeterminada. Para entender la creatividad como un concepto que rompe con los hábitos y que cuestiona las convenciones, debemos considerar los tipos de entornos legales, éticos y valorativos con mayores posibilidades de fomentar la creatividad a través de pautas de pensamiento e interacción originales y extendidas. Debemos identificar los tipos de comunidades que, por ética y por valores sociales, tienden a promover la diversidad, la experimentación y las redes y pautas de intercambio no convencionales. En otras palabras, la creatividad ha de ser examinada indirectamente mediante la referencia a un contexto en el que se aportan y fomentan ideas y relaciones originales que rompen con la convención. Por consiguiente, los valores sociales y las normas éticas son vitales para el entendimiento de la teoría de mercado porque están relacionadas con el potencial de creatividad y de formación de riqueza. Esta posición es contraria a la «sabiduría» convencional en la línea tradicional en derecho y economía.

Mi tercer desafío fundamental para el enfoque tradicional en Derecho y Economía conlleva un entendimiento del proceso de elección del mercado. Propongo aquí que las elecciones que se llevan a cabo en el mercado no son el producto científico, objetivo y racional de un análisis de costes y beneficios, sino más bien la consecuencia de una *interpretación* de semejantes incentivos y desincentivos. Esto significa que la elección del mercado, en un sistema de intercambio interactivo, está fundamentada en el proceso de interpretación y está, por tanto, conformada por nuestras experiencias en tanto que participantes de las redes y pautas dinámicas de intercambio social. Esta distinción es importante porque el proceso de interpretación encuentra sus bases en la comunidad, y porque indica que aun cuando el intercambio tiene lugar como una parte continua de un sistema dinámico, nuestra comprensión del proceso de intercambio está modelada por la «lente» o el «filtro» interpretativo a través del cual observamos. Es más, esta lente o filtro, como las referencias indiciales de la semiótica, surge de un sistema de valores conformado por la experiencia y no por una elección puramente objetiva y racional. En este sentido es, en ciertos aspectos, subjetivo y «arracional», y mina el papel central de dos supuestos fundamentales en el enfoque tradicional de derecho y economía: la objetividad y la racionalidad.

De forma similar, la interpretación de las relaciones de coste y beneficio mina el compromiso del enfoque tradicional con la primacía del individualismo metodológico ya que el proceso de interpretación conlleva una referencia a la(s) comunidad(es) en la(s) que se insertan los individuos. Esto significa que el proceso de interpretación va a mostrar siempre un cierto grado de independencia, de inexactitud o variancia, ya que no hay dos individuos que tengan exactamente las mismas experiencias o puntos de referencia. Este proceso, sin embargo, no es enteramente indeterminado porque las comunidades están ligadas por convenciones que «marcan» los límites de la variancia interpretativa autoritativa. Por lo tanto, una preocupación primordial en derecho y economía de mercado no es la simple coordinación de precios, ni siquiera la cuestión de cómo distribuir eficientemente los bienes y recursos, sino más bien la mediación de significados y valores rivales en el proceso mismo de intercambio. En particular, existe un interés por habilitar un marco autoritativo de referencia que sea capaz de abordar tanto modos determinados de lógica interpretativa (basados en el hábito y la convención) como indeterminados (basados en la creatividad) al mismo tiempo que promueva redes extensivas de intercambio, pautas de creación sostenible de riqueza y una mediación en las diferencias de valores existentes entre comunidades interpretativas enfrentadas. En este sentido, en derecho y economía de mercado se busca explorar un «mundo» más allá de las fronteras tradicionales en derecho y economía.

Al superar estas fronteras tradicionales pretendo esbozar una nueva forma de pensar sobre la relación entre el derecho y la teoría de mercado. Defiendo aquí la necesidad de ampliar la naturaleza de la investigación de mercado y afirmo que el posicionamiento autoritativo de un filtro interpretativo o una referencia indicial es fundamental dado que tiene consecuencias para las pautas y redes de intercambio y para el proceso de creación de riqueza. Llamo a mi método de interpretación del derecho y la teoría de mercado «derecho y economía de mercado». Mi planteamiento es diferente del tradicional en derecho y economía, si bien mantiene cierta relación con ellos, ya que refleja una preocupación por un aspecto importante de la teoría de mercado que no recibe el tratamiento adecuado en la literatura actual sobre derecho y economía. El énfasis del enfoque tradicional está, desde mi punto de vista, en el uso del análisis económico como una ciencia de elección, para aportar mayor seguridad, objetividad e imparcialidad al derecho. Trata la mayoría de los desa-

cuerdos en derecho y política social como desacuerdos fácticos en donde un método científico y positivo de análisis económico basta para resolver las diferencias.

Por el contrario, en derecho y economía de mercado se busca comprender e influir sobre los significados y consecuencias de relaciones económicas jurídicas dentro de un sistema de intercambio dinámico y complejo. Se trata de una metodología interpretativa que entiende el mercado como una sede de formación de valores y significados y que identifica una ética de responsabilidad social basada en la riqueza. Es una metodología que contempla e investiga cuestiones distintas de las que se tratan en derecho y economía. No pretende tanto determinar el resultado de las transacciones como entender el *significado* del intercambio. Investiga los problemas dentro de un contexto de mercado y razona sobre el significado relacional, el valor y las consecuencias de determinadas acciones, inacciones o ideas. El planteamiento de derecho y economía de mercado pone en tela de juicio la capacidad de la economía para proporcionar seguridad, objetividad o imparcialidad al derecho y las políticas públicas. En particular, centra su atención en las disputas en derecho y política social que radican fundamentalmente en el desacuerdo en cuanto a los valores subyacentes, más que en cuanto a objetos o hechos perceptibles. Busca, por tanto, centrar la atención sobre el *proceso de intercambio* —sobre las redes y pautas de interacción social— y no tanto sobre un análisis de costes y beneficios, e incorpora un interés por la eficiencia a la vez que aborda la naturaleza indeterminada del cambio. Este planteamiento sugiere la idea de que existe una variedad de factores éticos y multidimensionales que son lógicamente consistentes con una preocupación por la maximización de la riqueza y la prosperidad social.

Mi concepción de derecho y economía de mercado surge de la aplicación de una teoría interpretativa al proceso de intercambio. El método de interpretación que utilizo se basa en la teoría semiótica, rama de la filosofía dedicada a la gramática, la lógica y la retórica ⁶.

⁶ Mi acercamiento hacia la teoría interpretativa se basa en la teoría semiótica de Charles Sanders Peirce. V. HOUSER y KLOESEL, 1992; PEIRCE EDITION PROJECT, 1998. V., en general, KEVELSON, 1996b; 1993b: 17; 1987; 1988; 1995: 39-47; SHERIFF, 1994; LISZKA, 1996; COLAPIETRO, 1989; APEL, 1995; BUCHLER, 1955; HOOKWAY, 1992; KETNER, 1992; MERREL, 1997; para más referencias, v. cap. segundo, n. 3.

El uso que hago de la teoría semiótica implica, como se explicará y aplicará en este libro, la investigación de las relaciones de valor y significado en el intercambio social/de mercado. Como tal, mi enfoque puede ser entendido como «una semiótica del derecho y la teoría de mercado», o como «derecho y economía interpretativas», pero al margen del nombre que se le quiera dar, la idea principal de mi investigación está ligada a la forma en la que de hecho nuestras redes y pautas de intercambio crean valor y significado. Por tanto, las cuestiones de interés en derecho y economía de mercado no se extinguen en un mero análisis económico de las normas legales, sino que incorporan el contexto de mercado en el que tiene lugar el intercambio social, como un *proceso* cuya coherencia y entendimiento se logra mediante la referencia al derecho.

El enfoque de derecho y economía de mercado implica algo más que una mera investigación sobre la eficiencia como fuente de maximización de riqueza al centrar su atención en el contexto social, político y cultural en el que tiene lugar el intercambio, y en la manera en la que nuestra propia caracterización y entendimiento del proceso de intercambio afecta la creación de riqueza y la prosperidad social. Por lo tanto, la disciplina de derecho y economía de mercado conlleva el examen de problemas sociales apremiantes dentro de un contexto de mercado integrador; dentro de un proceso de intercambio recíproco y multidimensional, y no mediante referencia a un criterio económico específico y particular como la eficiencia.

Algunos de mis colegas en derecho y economía me preguntan: «¿pero por qué llamarlo derecho y economía de mercado? ¿Cuál es la diferencia, acaso no hacemos todos derecho y economía de mercado?». A lo que les respondo que *no* todos hacemos derecho y economía de mercado. Las cuestiones que preocupan en derecho y economía de mercado, como he expresado anteriormente, son diferentes en naturaleza y alcance de aquellas del enfoque tradicional en derecho y economía. La tradición en derecho y economía, una tradición de la que he formado parte durante mis diecisiete años de académico, no se centra en el significado ni en las consecuencias sustanciales de la economía de mercado como un sistema de intercambio social. No se centra en el proceso de intercambio social como un sistema de continua sustitución y permutación. No se centra en la naturaleza contextualizada, cultural e histórica, del intercambio ni en los significados y valores generados por dicha interacción. La tradición en derecho y economía se centra en una

preocupación por el cálculo económico y por concepciones particularizadas sobre la eficiencia ⁷.

El movimiento tradicional en derecho y economía siempre se ha identificado a sí mismo, a través de sus asociaciones, revistas y cursos universitarios de derecho como «derecho y economía», no como derecho y economía de mercado. Esto no es mera coincidencia, es «significativo» (queriendo decir con esto que tiene consecuencias en la manera en la que percibimos el campo de estudio) ya que en derecho y economía siempre se ha intentado evitar una preocupación expresa por cuestiones y consecuencias normativas y filosóficas de la organización social y el intercambio dentro de un contexto de mercado. Esta disciplina ha restringido intencionadamente su definición y campo de investigación de forma que obviaba consideraciones más amplias sobre la economía de mercado marcando así sus diferencias con respecto a la rica (pero menos «científica») tradición de la economía política ⁸. Este posicionamiento del enfoque de derecho y economía como una investigación positiva sobre cuestiones de eficiencia en el derecho refleja el posicionamiento de la economía en su relación con las demás Ciencias Sociales ⁹.

La tradición en derecho y economía ha buscado también reconocimiento, en referencia a la economía, por ser un acercamiento al derecho más específico y más científico. Su estructura positiva de investigación y argumentación tiene como función irradiar una sensación de objetividad, un sentimiento de separación existencial entre la norma legal y las meras riñas normativas de filósofos, politólogos, sociólogos y demás partícipes «superficiales» en el discurso social. Como consecuencia de este posicionamiento, el enfoque tradicional en derecho y economía ha censurado, ignorado o declarado como ajeno a su campo de estudio los planteamientos normativos sobre cuestiones de equidad, justicia, diversidad e inclusión ¹⁰. Se ha mos-

⁷ V. MALLOY, 1990b: 1-93; POSNER, 1992a; COOTER y ULEN, 1997; BARNES y STOUT, 1992: esp. 49-60; SYMPOSIUM, 1980: 485; MALLOY y POSNER, 1990.

⁸ V., p. ej., FERBER y NELSON, 1993 (sobre una discusión de la estrechez del campo de estudio); McCLOSKEY, 1985 y 1990 (McCloskey desafía la «ciencia» económica).

⁹ Sobre economía positiva, v. FRIEDMAN, 1953; HOVENKAMP, 1990. V. también McCLOSKEY, 1985, 1990 y 1994; VEBLEN, 1961: 1-79; HAYEK, 1979.

¹⁰ V. MALLOY y POSNER, 1990; MALLOY, 1990b y 1995; MCKENZIE y TULLOCK, 1975: 6; BARNES, 1991: 197-208. V., en contraposición, SCHUMPETER, 1950: 190-191; HOVENKAMP, 190.

trado igualmente impermeable ante cuestiones de interpretación, de desigualdad histórica y de diferencias culturales y situacionales. Esta posición es desafortunada porque la teoría de mercado debería contribuir a tales discusiones. Como resultado de su posicionamiento, el discurso de la eficiencia, aportado por la tradición en derecho y economía, sencillamente pierde su poder de convicción a la hora de abordar una amplia gama de cuestiones específicas sobre política social, incluyendo asuntos concernientes a relaciones personales, valores de familia y de justicia social. No es de extrañar que esta falta de capacidad persuasiva se muestre más acusada en los casos en los que el análisis económico se aplica en aquellas áreas de la vida donde las diferencias de valor subyacentes entre comunidades interpretativas son mayores.

Hasta autoridades en derecho y economía de la talla de los jueces Richard Posner y Guido Calabresi reconocen que, en la práctica, no podemos simplemente aplicar el análisis de derecho y economía y pretender que sea una teoría suficiente del derecho o del proceso legal, sino que necesitamos algo más ¹¹. La cuestión que se plantea es: ¿necesitamos algo fuera del derecho y la teoría de mercado o ir más allá y adoptar una visión más amplia e incluyente de la relación entre el derecho y la economía de mercado? Esto a su vez plantea una segunda pregunta: si nuestra intención es extender las fronteras del derecho y la teoría de mercado, ¿podemos hacerlo conservando el centro de atención de nuestra disciplina? Yo creo que podemos, siempre que creamos que un principio fundamental de la investigación en derecho y economía es el fomento de una teoría de creación sostenible de riqueza que nos lleve a una forma de organización social capaz de promover tanto la libertad como la prosperidad.

Por tanto, a la hora de especular sobre una teoría de derecho y economía de mercado trato de explorar la posibilidad de anticipar una nueva jurisprudencia para el intercambio al tiempo que mantengo un compromiso con este principio básico. Utilizo la teoría semiótica de interpretación para ampliar y reconceptualizar la relación

¹¹ V. POSNER, 1990: 454-469; POSNER, 1992a: 27. El juez Calabrese también dejó clara esta postura en sus comentarios en la VIII Conferencia Anual de la Asociación Canadiense de Derecho y Economía (CLEA) celebrada el 27 de septiembre de 1996 en la Universidad de Toronto —en su Exposición para la Cátedra John M. Olin sobre derecho y economía titulada «What Economic Analysis of Law Must Address Next: Some Thoughts on Theory»—.

entre el derecho y la teoría de mercado, no para rechazarla. Mi investigación, por tanto, sintetiza la teoría de mercado con un acercamiento ampliado, relacional y multidisciplinar al razonamiento legal en un contexto de mercado e intercambio social. Esta síntesis nos permite comprender mejor el papel del derecho y la teoría de mercado en el fomento de la creatividad y la creación sostenible de riqueza.

La existencia de varios defectos en el enfoque tradicional de derecho y economía me ha llevado a contemplar la necesidad de un acercamiento más abierto al derecho y la teoría de mercado. Creo, por ejemplo, que uno de dichos defectos ha sido la excesiva herencia de la economía positiva y una incapacidad para reconocer que las herramientas y métodos de la economía están dirigidos hacia un «fin» diferente al del derecho. Debemos recordar que un objetivo básico del economista es la construcción de un modelo de comportamiento humano capaz de aportar información predictiva con respecto a un campo limitado de actividades donde se den unas restricciones claramente definidas. Los supuestos del economista incorporan ciertas elecciones subjetivas con respecto a lo que puede ser medido y valorado y lo que queda ignorado o excluido ¹². Esto naturalmente da lugar a conclusiones que son reflejo de estos supuestos y restricciones. A pesar de esto, la profesión económica puede atribuirse un determinado nivel de logros en la predicción de al menos algunos resultados con respecto a las elecciones y relaciones de intercambio a las que hace frente la sociedad. Por ejemplo, consideremos lo que los economistas nos pueden decir acerca del mercado de la gasolina. Si hay una escasez de gasolina, subirán los precios y la gente tenderá a reducir su consumo. Por el contrario, si el suministro de gasolina crece, los precios bajarán y la gente aumentará su consumo. Es en efecto útil conocer esta simple relación de intercambio, que además tiene implicaciones reveladoras para una diversidad de asuntos de política pública. Pero prácticamente no nos dice nada sobre el alcance o la equidad de la distribución de la gasolina en ninguna situación, y revela poco, o nada, acerca de los valores interpretativos que intervienen en comunidades comerciales enfrentadas.

El papel del jurista es diferente al del economista. El jurista no está simplemente interesado en la construcción de un modelo predic-

¹² MALLOY, 1990b: 2-13; 1995: 1-30; 1991f: 27; 1992c: 1569; MALLOY y POSNER, 1990.

tivo. La profesión legal ha de asumir el reto de ir más allá de la predicción porque el discurso del derecho está basado en la persuasión y la mediación entre interpretaciones y conjuntos de valores que entran en conflicto. El derecho, por ejemplo, debe atender a las demandas planteadas por consumidores descontentos que denuncian la desigualdad en la distribución y la inequidad de un sistema de asignación basado en el precio. Dicho de otra manera, el derecho debe mediar entre demandas enfrentadas cuando los procesos de mercado no logran resultados aceptables para todas las partes implicadas. El derecho, por tanto, dedica su atención a influir sobre el *fundamento* normativo en el que descansa la organización social¹³. Esto significa que el derecho debe influir en las creencias sobre las relaciones que subyacen al proceso creador de valores y significados que supone la interacción social y el intercambio. De ahí que la misión real del jurista sea diferente de la del economista.

Para un economista puede ser suficiente afirmar que dadas determinadas restricciones en la economía estadounidense, la población afroamericana experimentará unos niveles más bajos de empleo y tendrá salarios más bajos que el resto de los estadounidenses. Del mismo modo, el economista cumple con su deber cuando construye un modelo que le permite predecir con precisión unos niveles más bajos de posesión de vivienda, unas tasas más altas de mortalidad infantil y unos niveles de brutalidad policial más elevados para ciertas comunidades de nuestra sociedad en comparación con otras. En otras palabras, el economista hace uso de los mecanismos del mercado para lograr un entendimiento de los «hechos» sociales dentro de un marco de referencia interpretativo convencional y autoritativo, un marco de referencia fundamentado en los valores y supuestos de la «ciencia» de la economía positiva. Generalmente tales predicciones, coherentes con el modelo, son todo lo que el economista espera hallar, pero el jurista y el sistema legal deben ocuparse, abierta y expresamente, de las cuestiones normativas relacionadas con los significados y valores, incluyendo aquellas sobre equidad y justicia, que están asociadas con la construcción de dichos modelos y predicciones.

¹³ El *fundamento* (*ground*) sirve como *base* sobre la que un signo puede representar a su objeto en algún sentido o respecto. V. LISZKA, 1996; SHERIFF, 1994: 49. Para Peirce el fundamento era una *creencia* sobre las relaciones subyacentes que nos permiten extraer conclusiones y construir referencias desde los signos. Hay tres tipos de fundamento: el *icono*, el *índice* y el *símbolo* (HOOKWAY: 124-144).