

Universidad de los Andes

From the Selected Works of Daniel A Monroy C

September, 2015

Una aproximación Neoinstitucionalista al Derecho (Económico) Internacional

Daniel A Monroy, *Universidad Externado de Colombia*



This work is licensed under a [Creative Commons CC_BY-SA International License](https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/).



Available at: https://works.bepress.com/daniel_monroy/39/

INTRODUCCIÓN

Incluso desde mediados de la década de los 70s, los defensores del Análisis Económico del Derecho (en adelante AED) han argumentado que este enfoque, ha sido quizá el más importante avance del pensamiento jurídico de la segunda mitad del siglo XX¹. Empero, pese a los múltiples aportes del AED en áreas del derecho tales como el derecho de contratos, la responsabilidad, el derecho de propiedad, el derecho procesal, e incluso el comportamiento criminal, entre otras; históricamente ha sido escasa la atención que el enfoque económico del derecho le ha prestado al Derecho Internacional (en adelante DI) en general y al Derecho Económico Internacional” (en adelante DEI) en específico².

Esta circunstancia es cuando menos extraña dada la cercanía entre ciertas cuestiones y asunciones básicas que se hacen tanto desde el AED, como desde el DEI. Así por ejemplo, desde la perspectiva “iuseconomista”, se asume que los individuos y las empresas actúan en los mercados (y fuera de ellos) como agentes racionales en el sentido que buscan satisfacer sus intereses individuales³. Derivado de este supuesto, el AED sostiene que al realizar un contrato, las partes tienden a seleccionar para sí cláusulas que se suponen eficientes, en el sentido que con ellas maximizan la utilidad individual derivada del acuerdo. Si ello es así, no parece que exista *prima facie* una razón que suponga que la regla que seleccionarían las partes en un intercambio al interior de un ordenamiento estatal, difiera de la regla que seleccionarían otros agentes (*vgr.* un inversionista extranjero) en una transacción internacional⁴. Así las cosas, el DEI podría valerse entonces de múltiples elementos de la denominada “Teoría Económica del Contrato” tales como el (in)cumplimiento óptimo del contrato, la asignación eficiente de riesgos, los incentivos para revelación de información entre las partes, etc. y aplicarlos no solo al estudio de las “transacciones internacionales” que se extienden entre dos individuos o empresas⁵, sino incluso al análisis de los acuerdos, los tratados comerciales y no comerciales que se celebran entre estados⁶.

¹ cfr. Prefacio de la tercera edición del “Economic Analysis of Law” de Richard Posner “... el movimiento del Análisis Económico del Derecho es quizá uno de los desarrollos mas importantes en el pensamiento jurídico en el último cuarto de siglo.” (1986, pág. xix)

² cfr. Rasmussen “...existe poco trabajo que efectúe un análisis económico de la variedad de cuestiones que plantea el crecimiento de las transacciones comerciales que cruzan las fronteras de los países (...) Esta ausencia de análisis económicos sostenidos del derecho económico internacional contrasta con lo que sucede en otras áreas relacionadas con el derecho económico. (...) el análisis económico del derecho comercial o el análisis económico del derecho público internacional” (2007, pág. 273)

³ cfr. Cooter & Ulen (2007, p. 16); Shavell (2004, p. 1)

⁴ cfr. Rasmussen (2007, pág. 270)

⁵ cfr. Dunoff & Trachtman quienes afirman que tanto la “sociedad internacional” como cualquier otra sociedad, pueden entenderse como un espacio en donde actores individuales o grupos se encuentran unos con otros, a veces pueden cooperar y comprometerse bajo lo que comunmente se denomina como “transacción” (Dunoff & Trachtman, 1999a, pág. 12)

⁶ “El análisis positivo de los acuerdos internacionales recurre también a otra línea de análisis económico - la economía de los contratos. Un acuerdo internacional es, después de todo, un contrato entre dos o más naciones.” (Sykes, 1999, pág. 1119). Un análisis aplicado de la Teoría Económica del Contrato a los tratados internacionales se puede consultar en Álvarez & Rojas (2012)

Con todo, una revisión preliminar de la literatura evidencia que a partir de la segunda mitad de la década de los 90s inicia un dialogo sistemático entre “internacionalistas” e “iuseconomistas”. Dialogo que surge como necesario y predecible, dada la relevancia y la existencia de una multiplicidad de cuestiones comunes en la agenda investigativa de unos y otros⁷. Empero, se insiste en que en lo relativo concretamente con –el que se puede denominar como– el Análisis Económico del Derecho (Económico) Internacional, su desarrollo investigativo es más bien escaso en comparación con la abundante literatura que se vale de la teoría económica para analizar otras áreas del derecho⁸.

En este contexto, el presente artículo indaga acerca de la manera como el enfoque económico puede servir a los juristas-internacionalistas para analizar algunas cuestiones relevantes en el contexto del DI en general y en el DEI en específico. En concreto, el objetivo principal del trabajo se dirige a defender una alternativa de aproximación económica que consideramos particularmente pertinente para el análisis del DEI. A título de hipótesis, se sostiene la idea de que algunos elementos teóricos de la denominada “Nueva Economía Institucional” constituye la aproximación económica consistente y que se ajusta de mejor manera al análisis de una serie de cuestiones relevantes del DEI.

Para efectos de demostrar la anterior hipótesis, el artículo se divide en cuatro partes incluyendo esta introducción. En la segunda parte se describe someramente la aproximación ortodoxa del AED y se contrasta desde una perspectiva crítica con el enfoque que defiende la denominada “Nueva Economía Institucional”. En la tercera parte se expone una aproximación a algunas cuestiones generales y relevantes del DEI que pueden analizarse consistentemente a partir de algunos conceptos desarrollados propios del enfoque neoinstitucionalista, en su orden (i) la “transacción” como unidad básica de análisis; (ii) la teoría de los costos de transacción, y dentro de esta nos referiremos con algo de detalle al concepto de “especificidad de los activos” como factor determinantes de la magnitud de los costos de transacción; y finalmente (iii) las estructuras –*williamsonianas*– de gobernanza. En este aparte defenderemos la tesis de que la mayoría de las relaciones que se tejen entre estados en el contexto internacional pueden explicarse bajo la lógica de la “gobernanza bilateral” y en menor medida bajo la “gobernanza trilateral”. En la cuarta parte se destacan algunos puntos desarrollados en el texto y se reabre la discusión hacia algunas cuestiones puntuales no abordadas en el mismo.

2.- DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO (ORTODOXO) A LA NUEVA ECONOMÍA INSTITUCIONAL.

⁷ A título ilustrativo sobre la literatura sobre AED y DEI de finales de siglo XX vale referenciar textos como la colección de artículos recogida en *Economic Dimensions in International Law Comparative and Empirical Perspectives* (Bhandari & Sykes, 1997). En lo que lo que corresponde a artículos en revistas científicas, se destacan entre otros, *Structural Adjudication and the New Law Merchant: A Model of Decentralized Law* (Cooter, 1996); *A Theory of Customary International Law* (Goldsmith & Posner, 1999); *Barbarians Inside the Gate: Public Choice Theory and International Economic Law* (Stephan III, 1995); *The Theory of the Firm and the Theory of the International Economic Organization: Toward Comparative Institutional Analysis* (Trachtman, 1996); *The Economic Analysis of International Law: Transaction Cost Economics and the Concept of State Practice* (Aceves, 1996); *Economic Analysis of International Law* (Dunoff & Trachtman, 1999a); *The Law and Economics of Humanitarian Law Violations in Internal Conflict* (Dunoff & Trachtman, 1999b); *Encyclopedia of Law and Economics: International Trade* (Sykes, 1999)

⁸ Por ejemplo, en el caso de la obra de Richard Posner, solo hasta la novena edición –y no antes– de su *Economic Analysis of Law* del año 2014, se incorporó un capítulo en el que el autor que trata explícitamente las áreas del derecho comparado y el derecho internacional.

El célebre Richard Posner considera como fundamento de su propuesta de aproximación económica al Derecho que “... como sucede en el mercado, el derecho (especialmente el *common law*) utiliza los precios como costos de oportunidad que inducen a las personas a una maximización eficiente (...) Como sucede en el mercado, el sistema legal confronta a los individuos con los costos de sus actos pero les permite decidir si incurren [o no] en dichos costos” (Posner, 1992, pág. 3). Esta concepción posneriana caracteriza el *mainstream* del AED, y en la literatura suele denominarse como el AED convencional, ortodoxo o neoclásico, y es definido –en términos de Rubio– como “...la aplicación directa de la microeconomía, y en particular de la teoría de precios neoclásica, al análisis del sistema jurídico.” (Rubio, 2007, pág. 26)⁹.

Así las cosas, y dado su fundamento económico neoclásico, el AED tradicional constituye una aproximación que se estructura y se diferencia de otros enfoques económicos en la medida que: (i) Suele utilizar una metodología generosa en el uso de funciones matemáticas, ecuaciones y gráficas como herramientas de análisis de las instituciones jurídicas¹⁰; (ii) Asume que los agentes (dentro y fuera del mercado) poseen preferencias maximizadoras bien definidas, y que estos poseen la capacidad analítica de elegir la mejor alternativa en la frontera de sus posibilidades¹¹; y (iii) Concibe la noción de “eficiencia”, en sus diversas acepciones (*vgr.* eficiencia paretiana o Kaldol-Hicks), o la maximización del bienestar (Posner, 1985), como el criterio descriptivo para analizar el Derecho, pero también, el fin (criterio normativo) al que debe dirigirse este.

Empero, la estructuración descrita del enfoque económico clásico propicia un sinnúmero de críticas, respecto de las que cabe delinear las siguientes: (i) Respecto de la “eficiencia” y la maximización del bienestar se objeta que este criterio, además de ser éticamente indefendible como valor hacia el que debe apuntar el Derecho¹², produce análisis inconsistentes y circulares. (ii) En relación con las preferencias maximizadoras de los agentes, se dice que este es un concepto demasiado ambiguo como para que pueda soportar la (mega)estructura de aproximación que pretende ser el AED¹³. Finalmente, y (iii) respecto de la metodología cuantitativa, se dice que más que una ventaja, esta representa un desincentivo para el aprendizaje y el uso de las herramientas del AED por parte de los juristas (no economistas), y dentro de estos, incluso los internacionalistas¹⁴.

Sin embargo, más que pretender defender la improcedencia de utilizar el razonamiento económico en el análisis del Derecho en general, o en el DI en específico, lo que pretendemos argumentar es

⁹ *cfr.* También Cossío (1997, pág. 227) quien argumenta que la visión posneriana del AED supone la aceptación de los términos, las categorías y las herramientas analíticas propias del enfoque económico neoclásico tales como el concepto del “valor”, la “utilidad”, la “eficiencia”, entre otras.

¹⁰ “Las técnicas analíticas que involucran a la microeconomía, matemáticas, investigación de operaciones, análisis de sistemas y pruebas estadísticas permiten al analista del derecho determinar cuál ley o regulación es la mas meritoria para la sociedad” (Roemer, 1994, pág. 23)

¹¹ *cfr.* Kornhauser (2000, pág. 21)

¹² *cfr.* Dworkin (1980)

¹³ Esta última y la anterior, son dos de las críticas formuladas tempranamente por Coleman (1980), a los fundamentos filosóficos del AED defendidos en su momento por Posner.

¹⁴ “... [a los internacionalistas] nos molesta la economía, porque desconfiamos de su teoría y su metodología, y vergonzosamente, porque estamos inseguros de contar con las habilidades cuantitativas necesarias para utilizar sus herramientas. Gráficos complejos y ecuaciones multivariadas pueden disuadir a las personas formadas en el derecho de utilizar el análisis económico.” (Dunoff & Trachtman, 1999a, pág. 7)

que el enfoque económico ortodoxo no parece ser el más adecuado para aproximarse a cuestiones relevantes en el DI.

Concretamente, como alternativa de aproximación económica –incluso al DI–, algunos proponen utilizar el enfoque heterodoxo de la denominada “Nueva Economía Institucional” (NEI)¹⁵. En breve, si bien el enfoque de la NEI utiliza categorías e instrumentos de la economía neoclásica tales como la teoría de los precios, lo hace pero desde una perspectiva crítica y escéptica¹⁶.

Así, el enfoque neoclásico tiene dificultades para afrontar ciertas cuestiones como por ejemplo: explicar qué sucede en contextos en los que los derechos de propiedad no están claramente definidos; o aquellos en los que existen factores históricos y culturales que influyen en la toma de decisión; lidiar con comportamientos oportunistas y estratégicos en las interacciones que se dan entre agentes; explicar procesos de negociación y de compromiso en ausencia de *enforcement*; y afrontar la presencia recurrente de costos de transacción. En contraste, estas cuestiones son precisamente el ámbito de aproximación en el que se concentra la NEI, y –vale decir anticipadamente– reflejan una parte importante de situaciones y problemas a los que se enfrenta comúnmente el DI y el DEI.

Así, como teoría, la NEI incluye múltiples variables como el rol de las instituciones (entendidas como reglas de juego formales e informales); el concepto de organizaciones; la importancia de la cultura y las costumbres; la variable temporal (¡la historia importa!); la teoría de juegos y el comportamiento estratégico y oportunista de los agentes; una concepción amplia de los derechos de propiedad, entre otras variables¹⁷. De destacable relevancia para el enfoque del NEI, lo constituye la asunción de la ineludible presencia de “costos de transacción” en la realidad; tan es así que, algunos sostienen que la NEI y la *economía de los costos de transacción* constituyen un mismo enfoque¹⁸.

Por antonomasia, la NEI pone su acento sobre las “instituciones”. Vale decir, aunque no existe unanimidad sobre su noción¹⁹, en términos de North, estas se definen como “... *limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana. (...) estructuran incentivos en el intercambio humano, sea político, social o económico.*” (North, 1993, pág. 13). Consistente con esta noción,

¹⁵ Entre los estudios que incorporan explícitamente elementos de la NEI en el análisis de cuestiones del DI, se destacan: Keohane (1988); Ress (1994); Aceves (1996); Dunoff & Trachtman (1999a) y (1999b); Abbott & Snidal (2000); Koremenos, Lipson, & Snidal (2001); Downs & Jones (2002); Trachtman (2008)

¹⁶ Sobre este particular, Coase (1999, pág. 5) argumenta que si bien la teoría clásica de los precios resulta útil para responder algunas preguntas relevantes tanto en la economía como en el Derecho, para afrontar otras cuestiones también relevantes, dicha teoría requiere un enfoque más enriquecido, y esto último es precisamente –según el autor– la pretensión de la NEI.

¹⁷ *cf.* Ayala (1999, pág. 26)

¹⁸ Incluso desde la publicación de la *Naturaleza de la Firma* de Coase (1937) se acepta que las instituciones importan solo en presencia de costos de transacción. Sobre la Teoría de los Costos de Transacción como escuela equiparable a la NEI, *cf.* Ayala (1999, pág. 174 y ss)

¹⁹ Sobre este punto por ejemplo, Peters (2003, pág. 84 y ss) indica que en el contexto restringido de la teoría de la acción racional, existen cuando menos cuatro alternativas de definición del término “institución”; si a estas se le adjuntan otras variaciones de la teoría institucional (*vgr.* el institucionalismo histórico, el institucionalismo normativo, el institucionalismo sociológico, etc.) la definición de la “institución” suele variar en cada caso.

Crawford & Ostrom definen a las “instituciones” como prescripciones acerca de qué clases de acciones –o estados de cosas– son requeridos, prohibidos o permitidos en la realidad²⁰.

Son múltiples las ideas que se extienden a lo largo y ancho de la noción de “instituciones” en particular y del enfoque de la NEI en general. Para nuestros efectos es suficiente con destacar que: (i) En contraste con la economía neoclásica, las “instituciones” no son solamente el resultado espontáneo y no deliberado de la presión que ejerce la competencia en el mercado, además de ello, la forma de las “instituciones” está determinada por factores históricos así como por procesos de negociación colectiva que ocurren incluso fuera del mercado²¹. Por otro lado, también en contraste con la economía neoclásica, (ii) las instituciones pretenden alterar los precios, pero indirectamente a través de cambios en las ideas, las ideologías, las cuales juegan un rol preponderante, en el sentido de limitar las elecciones de los agentes²². Además (iii) las instituciones (formales e informales) junto a sus características de ejecución o aplicación (*enforcement*) estructuran la “*forma en que se juega el juego*”, llámese este último intercambio, competencia o cooperación²³; finalmente, (iv) las instituciones existen con el fin principal de reducir la incertidumbre derivada de la interacción entre agentes²⁴, esto es, por razón de la “racionalidad limitada”, y por la complejidad del entorno en el que interactúan los agentes²⁵.

Con todo, la NEI se presenta como un enfoque alternativo que pretende mediar las críticas al AED tradicional (atrás expuestas). En términos generales, la NEI objeta la posibilidad de suponer –por irrealista– un mercado en condiciones de competencia, y argumenta que aún en estas condiciones, no es cierto que ello conduzca a la sociedad a los mejores resultados, incluso si estamos seguros de que el objetivo –en términos normativos– debe ser la eficiencia o la maximización del bienestar de los miembros de dicha sociedad²⁶.

En términos más concretos, y respecto de los criterios de eficiencia y maximización del bienestar, la NEI sostiene que: (i) el acento del enfoque económico convencional sobre tales criterios supone concebir a las empresas como unidades de producción y a los consumidores (y a la sociedad en general) como agentes que se dirigen al mercado a maximizar sus beneficios. Así las cosas, la clave está en encontrar el punto de equilibrio en el que se minimicen los costos de producción (para las empresas) y se maximicen los beneficios (para los consumidores). En este caso, los costos de organizar la producción al interior de las empresas o mediante el mercado, los costos de informarse

²⁰ cfr. Crawford & Ostrom (1995)

²¹ cfr. Ayala (1999, pág. 61)

²² cfr. North (1993, pág. 37)

²³ cfr. North (2005, pág. 48)

²⁴ “Las instituciones son capaces de producir cierta predecibilidad y regularidad de resultados que beneficia a todos los participantes de una institución, así como esclarece la probable gama de decisiones que está a disposición de los actores sociales...” (Peters, 2003, pág. 74)

²⁵ cfr. North (1993, pág. 41 y 51)

²⁶ El caso paradigmático en el cual la libre competencia conduce a un resultado social opuesto al bienestar es la denominada “Tragedia de los Comunes” (Hardin, 1968) en la cual, un grupo de individuos (empresarios) terminan mutuamente arruinados si compiten entre sí. Esta tragedia puede traducirse y formalizarse fácilmente a la estructura del dilema del prisionero (Ostrom, 2011, págs. 38-40) y se ha extendido para cuestiones del DI relacionadas, por ejemplo, con la cooperación internacional entre estados (Snidal, 1985) y el derecho ambiental internacional (Steinberg, 2007)

o de llegar a acuerdos, los costos de asignación de los recursos, son irrelevantes²⁷. La NEI refuta por irrealista esta concepción pues organizar la producción, obtener información, llegar a acuerdos, o asignar los recursos dentro y fuera del mercado supone incurrir en costos (diferentes a los de producción) que afectan sensiblemente el resultado final. A estos costos se les denomina comúnmente como “costos de transacción”. Así las cosas, para la NEI la clave de la eficiencia radica en estructurar las “instituciones” de forma tal que se reduzcan tales costos de transacción o en mitigar los efectos negativos que estos generan²⁸. (ii) En estrecha relación con lo mencionado, y como ya se anticipó, las instituciones pueden y deben analizarse en clave de su capacidad para reducir la incertidumbre derivada de la interacción. Aunque la menor incertidumbre puede favorecer el funcionamiento del mercado y por esta vía resultar en una mejor eficiencia asignativa, la NEI acepta explícitamente que este resultado no es siempre necesario²⁹. De otra parte, (iii) la NEI descarta que los mercados deban alcanzar siempre una asignación óptima de los recursos, pues este resultado no garantiza *per se* la equidad y la justicia social; es por ello que en ocasiones, las instituciones se dirigen (y deben dirigirse) a estimular el comportamiento cooperativo entre los agentes. En este orden, si bien la consecución de resultados eficientes puede ser importante – incluso desde una perspectiva normativa– no lo es menos también fomentar la cooperación y alcanzar resultados equitativos. De hecho, en ocasiones los mismos agentes (los jugadores) presionan la generación de instituciones que, aun cuando limiten conductas maximizadoras, mejoren la cooperación y la equidad³⁰.

En lo que corresponde al supuesto de que los agentes son racionales en el sentido de que poseen preferencias maximizadoras y bien definidas, la NEI –en contraste con la perspectiva clásica– suele acudir a la noción de “racionalidad limitada” (*bounded rationality*) según la cual los agentes (individuos y organizaciones) poseen preferencias que se encuentran “limitadas” por factores como la información incompleta y la complejidad del entorno en relación con las capacidades computacionales y de previsión individuales. Sobre el particular, Herbert Simon afirma que los agentes no necesariamente adoptan la decisión “optimizadora”, pues esta es desconocida *ex ante*, sino que normalmente adoptan la primera decisión que se considera “satisfactoria” dentro de un nivel de aspiraciones dado. Según el autor, en este caso, el agente aunque es “intencionadamente” racional, solo lo logra ser “limitadamente”³¹.

Finalmente, en lo relacionado con la metodología matemática de la que se vale el AED y su eventual efecto disuasorio para el uso del análisis económico por parte de no-economistas (incluidos los internacionalistas) vale mencionar que el enfoque de la NEI, en contraste con la perspectiva clásica, tiende a prescindir de este tipo de metodología. Al respecto, incluso el propio Coase era particularmente crítico con la argumentación y el análisis matemático que, pese a su ingenio, consideraba una aproximación que suele existir solo en la pizarra del economista y con escasa

²⁷ *cf.* Ayala (1999, pág. 177). Estas premisas y las consecuencias teóricas que de estas se derivan son similares a las planteadas críticamente por Demsetz (1991, pág. 221 y ss) cuando describe el modelo económico de “descentralización perfecta”.

²⁸ Estructurar el derecho de forma tal que se reduzcan los costos de transacción y estructurar el derecho de forma tal que se minimicen los daños generados por fallas en los acuerdos privados, son deducciones lógicas del teorema de Coase, y son definidas por Cooter y Ulen (2007, p. 96) como los teoremas normativos de Coase y de Hobbes

²⁹ North (1993, pág. 18)

³⁰ *cf.* Ayala (1999, pág. 69 y 73).

³¹ *cf.* Simon (1955).

correspondencia con la realidad³². Por otra parte, al verificar los trabajos más representativos de autores institucionalistas y que han merecido el premio Nobel de economía hasta la fecha, en su orden, Simon (1978), Coase (1991), North (1993), Ostrom y Williamson (2009), se puede cotejar que el uso de herramientas matemáticas es algo más bien excepcional.

Ahora, las ideas recopiladas en este aparte del trabajo nos permiten ya hacer algunos apuntes acerca de la pertinencia y lo promisorio que puede resultar ser la utilización del enfoque neoinstitucionalista en el contexto del DI. Al respecto, y concentrándonos específicamente –por ahora– en la noción de “instituciones” bien puede decirse que fuentes del derecho internacional como los tratados entre estados pueden analizarse consistentemente como casos particulares de aquellas en la medida que mediante estos acuerdos, los estados limitan explícitamente su acción en la interacción con otros estados. Sobre este particular, Koremenos *et al.*, en clara alusión al enfoque de la NEI, definen los tratados, las “instituciones internacionales” como “... acuerdos explícitos entre actores internacionales que prescribe, prohíben y/o autorizan comportamientos” (2001, pág. 762).

Dentro de los ejemplos destacados por los autores mencionados sobre “instituciones internacionales” se encuentra el acuerdo del GATT y el posterior WTO, el tratado del NAFTA, entre otros. Aclaran los autores que –pese a que no es su objeto de estudio– otros acuerdos tácitos o implícitos también pueden considerarse como “instituciones internacionales. Así, otras fuentes del derecho internacional como la costumbre internacional, pueden analizarse también como casos particulares de “instituciones”. (En la sección 3.3. volveremos sobre la manera como la costumbre internacional se articula consistentemente con la NEI)

Ahora, la noción de institución es solo una de las piezas relevantes de la teoría neoinstitucionalista. Además de ello, elementos tales como la incertidumbre, la existencia de costos de transacción, la racionalidad –limitada– de los agentes, los comportamientos estratégicos, son también elementos fundamentales del enfoque. Sin embargo, el complejo entramado teórico que perfila la NEI, la multiplicidad de supuestos de los que parte, la aparente ambigüedad de algunas de sus nociones, la variedad de cuestiones a las que pretende enfrentarse, e incluso las diferentes –y en ocasiones contradictorias– versiones de enfoques que se presentan a sí mismos como institucionalistas³³, generan como consecuencia que la aproximación neoinstitucionalista respecto de cualquier objeto (*vgr.* las instituciones internacionales y los comportamientos de los agentes internacionales) tienda a ser incompleta, y que además, siempre es necesario ser particularmente preciso en la predefinición de los conceptos a partir de los cuales se efectúa cualquier aproximación.

En razón de lo recién indicado, el presente escrito no pretende agotar la discusión de la aproximación neoinstitucionalista al DEI. De manera que, en la siguiente sección presentaremos una somera aproximación a algunas cuestiones relevantes del DEI, pero a partir de algunos conceptos restringidos y desarrollados por NEI. Tales conceptos se refieren a las nociones de: (i) la transacción como unidad básica de análisis; (ii) la teoría de los costos de transacción; (iii) las estructuras –*williamsonianas*– de gobernanza.

³² *cf.* Zerbe & Medema (1997, págs. 230-233)

³³ Por ejemplo, Peters (2003) presenta en su libro siete perspectivas institucionalistas que considera relevantes en la ciencia política, y en cada una de estas contrasta cuestiones tales como la formación, el cambio e incluso la noción misma de lo que se considera institución.

3.- LA NEI EN EL ANÁLISIS DEL DI

3.1.- La transacción como unidad básica de análisis en la NEI y en el DI

En uno de los textos clásicos del –viejo– institucionalismo Commons (1932) argumenta que así como los protones y electrones constituyen la unidad básica y común de la física, la química y la astronomía, análogamente, en el caso de la economía, el derecho y la ética, la unidad básica y común debe contener y relacionar tres principios a saber: el conflicto, la reciprocidad (*mutuality*) y el orden. El autor propone como unidad básica de análisis a la “transacción” y define esta no solo como el simple intercambio entre agentes de bienes materiales (*commodities*) o inmateriales sino como “[la acción de] enajenación y adquisición entre individuos de libertades y de derechos de propiedad creados por la sociedad.” (Commons, 1931, pág. 652).

Varias décadas después, Williamson reitera el argumento de Commons³⁴, y expande la definición de “transacción” relacionándola con la noción de “estructura de gobernanza”, esta última la cual se define por el mismo autor como “... el medio mediante el cual se infunde el orden, por tanto se mitiga el conflicto y se obtienen ganancias mutuas [reciprocidad].” (Williamson, 2005, pág. 3)

Para nuestros efectos vale resaltar dos elementos característicos de la noción de “transacción”: Por un lado, (i) que tal noción no solo se limita a describir las interacciones entre agentes (que se suponen maximizadoras) a nivel de mercados de bienes y servicios, pues también incluye intercambios entre agentes cuyo objeto pueden ser libertades reconocidas previa y mutuamente entre ellos. Por otro lado, (ii) la noción de transacción tampoco supone que tales interacciones sean solo aquellas que pueden entenderse *stricto sensu* como intercambios (compra y venta) de bienes, servicios o dinero, sino que además el concepto de transacción incluye otros tipos de interacciones como “la cooperación”, comportamiento que –como ya se dijo– bajo ciertas circunstancias, debería ser fomentado por las instituciones.

Este par de características enunciadas nos permite sostener que, en marco del DI estructuralmente existen elementos análogos que permiten extender hacia este contexto la noción neoinstitucionalista de “transacción”, lo cual permite tener una mejor comprensión de las interacciones que se tejen entre estados en el contexto internacional.

En efecto, respecto del primer elemento característico resaltado, puede decirse que en el contexto internacional, los agentes-estados suelen realizar entre ellos “transacciones” cuyo objeto (*asset*) suele ser la cesión de su soberanía, su autoridad regulatoria, y el correlativo reconocimiento de la soberanía, la autoridad de otro estado³⁵; ello por ejemplo a través de la celebración de tratados multilaterales de inversión o mediante la aceptación de la jurisdicción de tribunales internacionales

³⁴ “La economía del costo de transacción adopta la proposición de John R. Commons en el sentido de que se haga de la transacción la unidad básica del análisis” (Williamson, 1996a, pág. 131)

³⁵ “... los estados pueden también transar con dinero o bienes materiales; sin embargo, la característica singular de los estados es la posesión de su autoridad reguladora en sentido amplio. El derecho internacional se ocupa de la definición, el intercambio y la puesta en común de esta autoridad.” (Dunoff & Trachtman, 1999a, pág. 13 y 14)

para la resolución de controversias entre inversionistas de diferentes estados, o entre los estados mismos³⁶.

Respecto del segundo elemento característico, nótese que las “transacciones” entre estados no solo se refieren a “intercambios” de bienes y servicios, o a acuerdos en los que cada parte cede parte de dicha autoridad regulatoria, (vgr. cuando celebran un acuerdo bilateral sobre aranceles) sino también, y especialmente, las transacciones entre estados suelen entenderse mejor como acuerdos en los que los estados coordinan sus actuaciones entre sí, por ejemplo, cuando celebran un acuerdo de armonización regulatoria interna de un sector económico específico³⁷.

Finalmente, y en estrecha relación con lo recién anotado, en el contexto del DEI, las transacciones suelen entenderse mejor como acuerdos en los que las partes deciden cooperar entre sí. Al respecto, algunos autores señalan que el fin de las “instituciones internacionales” es precisamente facilitar la cooperación entre estados³⁸. Empero, una de las peculiaridades de dicha cooperación (a diferencia de lo que sucede a nivel interestatal) es que aquella sucede en ausencia de mecanismos coercitivos y centralizados de *enforcement* que faciliten el monitoreo del cumplimiento de los acuerdos celebrados³⁹; de hecho, la literatura comúnmente supone el ámbito de aplicación del DEI como un espacio en el que los agentes cooperan bajo condiciones iniciales de anarquía⁴⁰. Si ello es así, el DEI puede valerse del enfoque de la NEI, pues uno de los avances más importantes de este es precisamente haber sintetizado una teoría sobre la acción colectiva que ha permitido explicar porque algunos acuerdos son cumplidos por las partes, y se mantienen exitosamente a lo largo del tiempo, a partir de instituciones informales, mecanismos débiles de *enforcement*, e incluso bajo condiciones anárquicas⁴¹.

A manera de síntesis preliminar, puede afirmarse que los internacionalistas pueden apoyarse en la NEI y en su noción de “transacción” para –por ejemplo– (i) lograr una mejor comprensión de las “transacciones” sobre soberanía, autoridad regulatoria que se dan entre estados en el plano internacional. También, (ii) el DEI puede hacer uso de la teoría neoinstitucionalista de la acción colectiva para entender las razones por las cuales los estados despliegan ciertos comportamientos

³⁶ *cf.* Dunoff & Trachtman (1999a, pág. 17 y ss)

³⁷ La diferencia (por ejemplo) entre el acuerdo bilateral sobre aranceles, entendido como “intercambio”, y el acuerdo sobre armonización, entendido como “cooperación”, está dado por el hecho de que en el primer caso, los estados renuncian, ceden entre sí parte de su soberanía; mientras que en la “cooperación”, esto último no necesariamente sucede; en este caso, “... los estados podrían [por ejemplo] acordar los objetivos macroeconómicos de la política, y por tanto, tener intereses en lograr tales objetivos a pesar de que todavía son libres de perseguir otros objetivos” (Snidal, 1985, pág. 938).

³⁸ *cf.* Axelrod & Keohane (1985); Keohane (1988, pág. 393); Koremenos, Lipson, & Snidal (2001, pág. 766)

³⁹ *cf.* Snidal (1985)

⁴⁰ “Después de todo, la importancia del derecho internacional, deriva de su capacidad para facilitar la cooperación en un mundo anárquico” (Guzman, 2008, págs. 29-30). Otros autores que se aproximan al escenario del derecho internacional como un contexto anárquico: Aceves (1996), Axelrod & Keohane (1985), Snidal (1995), Koremenos, Lipson, & Snidal (2001, pág. 766). Para una posición contraria *cf.* Milner (1991)

⁴¹ Al respecto, la tesis fundamental de Ostrom y su “*Gobierno de los bienes comunes*” (2011) es que es posible diseñar y mantener instituciones originadas descentralizadamente, que faciliten la organización y cooperación entre incluso una gran cantidad de agentes al margen de que preexista una regulación vinculante o una autoridad externa y centralizada que fuerce a mantener dicha cooperación.

cooperativos, incluso en ausencia de mecanismos formales y exógenos de *enforcement* (vgr. un tribunal).

Sin embargo –como antesala a la subsección que prosigue–, el enfoque *iuseconomista* convencional pronostica que la ausencia de mecanismos formales y exógenos de *enforcement*, normalmente resulta en el incumplimiento y la inestabilidad de los acuerdos celebrados⁴². En el lenguaje de la NEI, dicha inestabilidad es una consecuencia concreta de la existencia de “costos de transacción” en la realidad. Punto este al que procedemos a referirnos con mayor detalle.

3.2.- Los “costos de transacción” como problema recurrente en la NEI y en el DEI

Si aceptamos que la noción institucionalista de “transacción” puede ser extensible y permite comprender la dinámica de las interacciones, las relaciones jurídico-económicas que se tejen entre agentes-estados, por lo mismo, resultaría entonces extensible la “teoría de los costos de transacción”, que como se señaló, es eje fundamental de la NEI.

Para afinar esta aproximación y extender una relación consistente entre la “economía de los costos de transacción” y el DEI, vale resaltar que para Williamson (1985, pág. 31) uno de los inconvenientes del análisis convencional de los economistas y de los juristas es que estos suelen partir de una especie de “centralismo legal”, en el sentido que asumen implícitamente que: (i) existe un centro (vgr. un Estado) que preestablece reglas de derecho que se suponen eficaces para resolver disputas entre agentes; y (ii) que preexisten también tribunales informados que aplican tales reglas, resuelven las disputas de manera predecible y que esto se logra a bajo costo. Si tales asunciones son ciertas, entonces podría argumentarse que la (pre)existencia de reglas de derecho, sistemas eficaces de resolución de disputas, y en general, las instituciones mismas, pueden tratarse como variables dadas y exógenas al modelo de aproximación⁴³.

Evidentemente, los neoinstitucionalistas y entre ellos Williamson objetan dicho centralismo pues este ha llevado a que economistas y juristas evadan “cómodamente” la existencia de alternativas de gobernanza que son creadas informalmente y que son estructuradas de forma descentralizada por los mismos agentes. En efecto, dicho “centralismo legal” es un supuesto irrealista pues empíricamente se sabe que muchas de las disputas entre agentes a nivel micro, incluso las que podrían resolverse ante un tribunal y conforme una reglas exógenamente preestablecidas, en realidad se resuelven por instituciones, “estructuras de gobernanza” endógenas e informales de cooperación diseñadas por los mismos agentes. De hecho, por razones relativamente similares, la teoría del derecho es cada vez más escéptica acerca de la idea de que es necesaria la preexistencia de una amenaza exógena a la relación (vgr. un juez o la presión social) como condición para el

⁴² Sobre el particular, Shavell (2004, p. 293) afirma que el AED clásico defiende normalmente la idea de que los contratos deben ser ejecutados (*enforced*) por un tribunal autorizado por el estado, pues de otra forma ocurrirían resultados indeseables como la posibilidad de apropiarse de los activos de la contraparte o la generación de incentivos para el incumplimiento de las promesas, y en general, el despliegue de comportamientos oportunistas que en últimas disuadirían la celebración de acuerdos entre agentes, lo que es ineficiente.

⁴³ Sobre este punto Ayala señala que en lo relacionado con el intercambio, el enfoque económico convencional aduce que, “[...] las instituciones son variables dadas y exógenas al intercambio, en consecuencia, no influyen en las elecciones económicas de los individuos, y por tanto, son irrelevantes.” (1999, pág. 87)

cumplimiento de los compromisos y el mantenimiento en el largo plazo de las relaciones entre agentes⁴⁴.

Vale decir anticipadamente, en el contexto restringido del DI, existen múltiples razones para considerar implausible partir de la mencionada concepción del centralismo legal. Así, como se sugirió en la subsección precedente, (i) es difícil entender el DI como un sistema en el que las reglas están preestablecidas, en el sentido de ser exógenas a los agentes-estados; por el contrario, es más consistente entender el DI como un sistema en el que las reglas aplicables dependen del acuerdo explícito de los estados o –implícitamente– de las conductas desplegadas por estos mismos; además (ii) el cumplimiento (*enforcement*) de los acuerdos internacionales suele depender más de incentivos (¿débiles?) como la reputación, que de la existencia y la eficacia de una autoridad coercitiva y exógena a las partes que vele por dicho cumplimiento⁴⁵ (este punto será retomando con más detalle en la subsección 3.3).

Retomando la crítica neoinstitucionalista a la concepción del “centralismo legal”, es menester indicar que, si tal como este último supone, las normas preestablecidas por un centro fuesen eficaces y los tribunales pudiesen resolver las disputas a bajo costo, entonces, los agentes que realizan transacciones entre sí, no deberían dedicar mayores recursos (incurrir en costos) en el momento *ex ante* de la negociación y para la redacción de los detalles del acuerdo, pues, en la mayoría de los casos sería suficiente con delinear unos términos contractuales generales que, en caso de alguna disputa *ex post*, podrían ser siempre realineados a bajo costo por las mismas partes o por un tercero (*vgr.* un árbitro o tribunal). Sin embargo, este enfoque además de ser incapaz de explicar, por ejemplo, el porqué de los complejos procesos de negociación y de resolución de disputas que se dan incluso en el marco del DEI, en el fondo, es un síntoma adicional de que la perspectiva convencional es irrealista cuando evade la ineludible existencia de “costos de transacción”.

Para evitar ambigüedades, y para guardar coherencia con la terminología de la NEI, denominaremos “costos de transacción” a los costos asociados a especificar y a hacer cumplir (*enforcing*) los acuerdos que subyacen al intercambio (North, 1984, pág. 256)⁴⁶. Estos costos explican –por ejemplo– porque los agentes racionales son incapaces de llegar a acuerdos que incluyan todas las posibles contingencias que puedan surgir durante el curso de su relación, y por lo mismo, son la razón de que los “contratos” tiendan a ser invariablemente incompletos⁴⁷. Por otro lado, los costos de

⁴⁴ “La noción de una alta presión social se refiere a la presión dirigida al cumplimiento de una obligación por parte de terceras partes o de la comunidad interesadas en la eficacia de las normas. Esta perspectiva es incompleta y es incapaz de explicar la función de las normas cuando los agentes están mutuamente comprometidos en mantener una relación constante y durable.” (Gottlieb, 1983, págs. 573-574)

⁴⁵ Al respecto, Guzman (2008) precisamente presenta una teoría sobre el cumplimiento del derecho internacional por parte de los estados basada principalmente en mecanismos reputacionales.

⁴⁶ Esta definición es coherente con la de Matthews quien indica que “...los costos de transacción (...) son los costos de negociar los contratos *ex ante*, y de monitorearlos y hacerlos cumplir *ex post*” (Matthews, 1986, pág. 906). También es coherente con la definición adoptada por algunos autores que han tratado de utilizar el enfoque neoinstitucionalista en contexto del derecho internacional como: Keohane (1988, pág. 386) y Aceves (1996, pág. 1002)

⁴⁷ “[La economía de los costos de transacción] admite que los contratos completos no son una opción viable. (...) el concepto del contrato sobre el que opera la economía de los costos de transacción es el de “contratos totalmente incompletos”. (Williamson, 1996b, pág. 134)

transacción (su magnitud) está estrechamente ligado, y de hecho determinan el tipo de “estructura de gobernanza” que seleccionan los agentes para gobernar su relación⁴⁸.

Tales costos poseen múltiples expresiones. En un momento *ex ante* pueden referirse a los costos de negociación y de establecimiento de salvaguardas en el acuerdo⁴⁹. En un momento *ex post* se refieren a los costos de realineación; los costos de renegociación cuando los agentes hacen esfuerzos bilaterales para corregir malas alineaciones iniciales; los costos de establecer y administrar una estructura de resolución de disputas (que no es necesariamente un tribunal); y los costos de aseguramiento de los compromisos⁵⁰.

Ahora, la menor a mayor magnitud de los costos de transacción denota un *continuum* en el que en un extremo (ausencia de costos) las transacciones se gobiernan eficientemente a través de sistemas de mercado puro y descentralizado, y en el otro extremo, los altos costos exigen que las transacciones de mercado deban sustituirse por relaciones de control (*vgr.* relaciones agente-principal) que ocurren al interior de una “organización” vertical y jerarquizada. Entre estos dos extremos, los agentes gobiernan eficientemente sus transacciones mediante otros tipos de mecanismos contractuales híbridos⁵¹. En la siguiente sección ampliaremos la discusión de los diferentes mecanismos contractuales (estructuras de gobernanza) que se dan en el intermedio de este *continuum*, por ahora nos ocuparemos brevemente de la situación de uno solo de los extremos de este.

Así, en uno de los extremos de dicho *continuum*, esto es, cuando los intercambios no están sujetos a una fuerte incertidumbre, no hay incentivos para comportamientos estratégicos-oportunistas, o cuando la transacción opera sobre un activo (*asset*) no específico, si la transacción se replica con frecuencia entre los mismos agentes, su ejecución no se difiere en el tiempo, en estos supuestos fácticos, los costos de transacción *ex ante* suelen ser bajos, y los costos *ex post* incluso quizá inexistentes. En este contexto, los esfuerzos de los agentes tienden a organizarse eficientemente a través de una estructura de intercambio voluntario puro⁵², que en términos de Williamson (1985, pág. 81) se denomina como “gobernanza del mercado”. Bajo esta estructura lo relevante para que la transacción se conduzca con éxito y que los agentes maximicen sus beneficios se limita a la determinación de las magnitudes del objeto o de los objetos sobre los que opera el intercambio; es decir, el “contrato”⁵³ que gobierna la relación se asemeja más a un trueque *stricto sensu* que a una transacción monetizada.

⁴⁸ “La economía de los costos de transacción puede contemplarse como el estudio de las alternativas de instituciones de gobernanza.” (Shelanski & Klein, 1995, págs. 336-337)

⁴⁹ “Salvaguardas” se refieren acá a las medidas que establecen las partes para mantenerla estable y para prevenir los comportamientos oportunistas *ex post*, por ejemplo, (i) la posibilidad de realinear permanentemente los términos contractuales; (ii) la estructuración de un gobierno especializado para la resolución de disputas; (iii) la introducción de regularidades en el intercambio tales como la reciprocidad o retaliación. *cfr.* Williamson (1985, pág. 44)

⁵⁰ *cfr.* Williamson (1985, pág. 32)

⁵¹ “El estudio de las relaciones contractuales comprende más que un examen de los mercados discretos por una parte y de la organización jerárquica por la otra. (...) el abanico del intercambio recorre toda la gama, desde el mercado puro hasta la jerarquía, e incluye complejos “tratos futuros” ubicados entre los extremos...” (Williamson, 1985, pág. 91)

⁵² *cfr.* Ayala (1999, págs. 191, 249)

⁵³ Para evitar ambigüedades, nos referimos a los “contratos” en términos de Ayala, definiéndolos como una especie de instituciones cuya característica diferenciadora es que “...[son] decididas voluntariamente por los individuos y como producto del intercambio individual.” (Ayala, 1999, pág. 253)

De manera que, para la NEI el “contrato” puede referirse entonces a intercambios no monetizados, lo cual ciertamente supone una diferencia importante con la Teoría de precios neoclásica, pero simultáneamente acerca la NEI al DEI en la medida que el “mercado de las relaciones internacionales” no suele concebirse como un mercado monetizado *stricto sensu* sino que se entiende mejor como un mercado en el que las partes intercambian “truecan” sobre su jurisdicción, soberanía o su autoridad regulatoria⁵⁴. Así, por ejemplo –en el marco del DEI– los acuerdos al interior de la Unión Europea en los que cada agente-estado reconoce mutuamente la regulación interna de otro estado o cuando simultáneamente reconocen la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la UE pueden entenderse consistentemente más como una especie de “trueque” entre estados y no propiamente como un intercambio monetizado.

Por otro lado, obsérvese que incluso por definición, los “contratos” de la NEI y los tratados internacionales se pueden definir como acuerdos diseñados descentralizadamente que dan forma a la interacción entre agentes-estados, en ocasiones, sin requerir una autoridad exógena que corrija malas alineaciones iniciales. En otras ocasiones, los costos de transacción exigen que el mismo tratado cree, institucionalice dicha autoridad. Esto último por ejemplo, cuando el tratado concede jurisdicción a un tribunal para efectos de la resolución de las controversias que surjan durante la ejecución de aquel.

Ahora, retomando la idea de ese *continuum* entre bajos y altos costos de transacción, vale apuntar que en el marco de relaciones entre estados, y concretamente, en el ámbito de acción del DEI, no es plausible contemplar este como un escenario de bajo costos de transacción, y por lo mismo, la utilización de la “gobernanza del mercado” resulta en la mayoría de los casos una opción descartable. Por el contrario, varios autores coinciden en señalar el escenario internacional como un contexto caracterizado por altos costos de transacción⁵⁵, lo que determina por tanto el tipo de estructura de los “contratos”, y en general, el nivel de complejidad de las “instituciones internacionales”.

Si bien existen múltiples formas de abordar los factores determinantes de la magnitud de los costos de transacción, una de ellas –que ya se sugirió subrepticamente– es que aquella es una función de tres dimensiones a saber: (i) la especificidad de los activos (*asset specificity*) objeto de la interacción, (ii) el grado de incertidumbre al que está sujeta la relación, y (iii) la frecuencia con que se replica el intercambio entre los agentes. Según la economía de los costos de transacción, de estas tres dimensiones, la “especificidad de los activos” es la más importante⁵⁶. En lo que resta de esta subsección nos concentraremos en: (i) los aspectos conceptuales de dicha dimensión en particular, (ii) cómo afecta esta dimensión la magnitud de los costos de transacción, y (iii) qué relación se puede extender entre dicha dimensión y el DI.

⁵⁴ “Los activos (assets) intercambiados en este “mercado” internacional no son bienes y servicios per se, sino un activo que es peculiar a los estados: componentes del poder [vgr. jurisdicción o autoridad regulatoria]” (Dunoff & Trachtman, 1999a, pág. 13); “Las transacciones en las relaciones internacionales giran en torno al poder, (...) este mercado “no es normalmente un mercado monetizado. A menudo, es más un mercado de trueque, ello con las dificultades y los costos de transacción propios del trueque” (Pauwelyn, 2008, pág. 83)

⁵⁵ *cfr.* Keohane (1988, págs. 386-387); Aceves (1996, pág. 1003); Dunoff & Trachtman (1999b, pág. 396)

⁵⁶ *cfr.* Williamson (1985, págs. 61-62)

3.2.1.- Especificidad de los activos, costos de transacción e instituciones “internacionales”

En primer lugar, conceptualmente, “...[l]a especificidad de los activos se refiere al grado en que una inversión puede reasignarse a un uso alternativo y hacia usuarios alternativos sin sacrificar su valor productivo” (Williamson, 1996c, pág. 59). Tal grado de especificidad posee una relación positiva con la magnitud de los costos de transacción; así, entre menos específico sea el activo, menores costos implica su reasignación hacia otra transacción, *contrario sensu*, a mayor especificidad, los costos de reasignación tienden a incrementarse, ello incluso hasta el punto en el que las partes llegan a co-depender entre sí, atarse la una a la otra; circunstancia esta última que (i) incentiva la progresiva generación de incentivos para el despliegue de comportamientos oportunistas en los dos extremos de la relación, y (ii) en el largo plazo puede conducir a una integración vertical (gobernanza unificada) entre las partes.

Según el propio Williamson, existen varios tipos de especificidades, entre ellos: (i) especificidad en el sitio, (ii) especificidad de los activos físicos, (iii) activos dedicados, y (iv) especificidad del recurso humano. Respecto de los tres primeros tipos, una de las mejores ilustraciones para su comprensión es el caso del proceso de la relación contractual que se extendió entre Fisher Body (FB) para la provisión de carrocerías a General Motors (GM), iniciado en 1919 y que culminó con una fusión entre las dos empresas en 1926⁵⁷. En relación con la especificidad del recurso humano puede considerarse la hipótesis del trabajador que recibe entrenamiento especializado o experimental y que resulta aprovechable por una única empresa⁵⁸.

Ahora, aunque inicialmente pareciera extraño encontrar en el contexto del DEI casos que se asemejen a la relación entre GM y FB, o la del trabajador que recibe entrenamiento especializado, esto es una simple apariencia. Para poder establecer una analogía estructural y consistente entre estos casos y las relaciones que se dejen entre estados en el marco del DEI, nótese que existen tres características comunes tanto del proceso entre GM y FB, como del trabajador especializado, y en general, de cualquier transacción que envuelve un activo específico. Estas características son: (i) la existencia de un compromiso, una relación entre agentes que debe tender a extenderse y mantenerse indefinidamente en el largo plazo; (ii) que una vez iniciada la relación y con el avance del tiempo resulta progresivamente (a veces desproporcionadamente) más difícil para al menos una de las partes –ya sea por costos de oportunidad o por costos hundidos– interrumpir la relación o retornar a la situación inicial⁵⁹; y finalmente, (iii) que la realización del mayor beneficio posible y derivable de la relación depende de que los compromisos sean mutuamente creíbles, y con ello, que se mantengan estables y se cumplan en el largo plazo⁶⁰.

⁵⁷ El ejemplo paradigmático de la creciente especificidad de activos en una transacción, los efectos en la generación de comportamientos oportunistas, los costos de transacción y el paso hacia la “gobernanza unificada” es el caso de la relación entre General Motors (GM) y Fisher Body (FB) en el primer cuarto del siglo XX, la cual puede describirse con la siguiente secuencia (i) En 1919 GM acordó la compra de la totalidad de las carrocerías del fabricante FB por diez años; (ii) la demanda de carrocerías –un activo específico– superó las estimaciones iniciales de GM, lo que resultó en precios desfavorables para esta lo que la llevó a esta a presionar a FB para modificar los términos contractuales y a que ubicara su planta al lado de la de GM, a lo cual FB se resistió (comportamiento oportunista); (iii) GM inició entonces la adquisición de acciones de FB, lo que finalmente derivó un acuerdo de fusión (absorción de FB) en 1926 (gobernanza unificada). Para una explicación más detallada de este caso, *cfr.* Klein (1988)

⁵⁸ *cfr.* Trachtman (1996, pág. 521)

⁵⁹ *cfr.* Dunoff & Trachtman (1999b, pág. 40)

⁶⁰ *cfr.* Williamson (1983)

Con todo, lo que pretendemos evidenciar en este aparte del trabajo es que en el marco del DEI, buena parte de las relaciones que se tejen entre estados poseen las tres características recién descritas, y por tanto, aquellas pueden analizarse consistentemente bajo la noción *williamsoniana* de la *especificidad de activos*.

(i) En efecto, respecto de la primera característica anotada, obsérvese que procesos de integración internacional como el de la Unión Europea, el sistema de integración centroamericana, la Comunidad Andina, o tratados como el NAFTA, la OMC, y en general, la mayoría de acuerdos internacionales bilaterales o multilaterales en materia económica y no económica tienden a extenderse –indefinidamente– e incluso a profundizarse en el largo plazo.

(ii) En lo relativo a la segunda característica, puede decirse que cuando un estado inicia una relación con otro estado (u otros estados) a través de un tratado, progresivamente, y a medida que transcurre el tiempo, efectivamente resulta cada vez más difícil y costoso para cada parte interrumpir o finalizar la relación. Sobre este particular, Trachtman (1996, págs. 521-525) y (2008, págs. 167-171) argumenta por ejemplo que, cuando un estado acuerda en un primer momento reducir sus barreras comerciales (arancelarias y no arancelarias), ello normalmente supone asumir ciertos costos políticos internos iniciales; pero, si posteriormente, el mismo estado decide eventualmente restablecer las barreras, aquellos costos políticos no suelen recuperarse completamente. Además, en el caso de que el estado decida inicialmente reducir las barreras comerciales en un acuerdo multilateral, bajo la condición de nación más favorecida⁶¹, la posibilidad de restablecer dichas barreras es progresivamente (con el paso del tiempo) más difícil e involucra crecientes costos jurídicos y políticos, tanto a nivel interno como internacional. En el mismo sentido, cuando por ejemplo un estado inicia un proceso de modificación regulatoria interna, consecuencia de un acuerdo internacional de armonización, en ocasiones es difícil revertir dicho proceso en respuesta (retaliación) a la defección de otro(s) estado(s) respecto del acuerdo celebrado; en este último caso, los costos asociados a haber iniciado el proceso de modificación de la regulación, suelen ser irre recuperables (costos hundidos).

(iii) Finalmente, respecto de la tercera característica –y tomando los mismos ejemplos recién citados– nótese que a medida que avanza el tiempo, la realización del mayor beneficio y la estabilidad de la relación entre los estados va dependiendo –progresivamente– de la creación mutua de reputación, es decir, de la generación de relaciones de confianza entre las partes respecto del cumplimiento de los acuerdos. Dicho con mayor detalle, lo cierto es que a medida que los costos de transacción van aumentando con el tiempo, el cumplimiento y la estabilidad de los acuerdos entre estados suele depender cada vez menos de factores como la amenaza que representa la existencia de mecanismos exógenos de *enforcement* (vgr. un tribunal o un árbitro), y correlativamente empiezan a depender más de la reputación que va generando cada estado respecto del cumplimiento de los acuerdos celebrados (este punto será retomado en la subsección que prosigue).

Con todo, y a título de síntesis de la presente subsección hemos de destacar que: (i) la teoría de los costos de transacción explica porque no es posible que los agentes prevean todas las posibles contingencias que puedan surgir durante el curso de una relación contractual. Además, (ii) la magnitud de dichos costos denota un *continuum* en donde se hayan diferentes tipos de “estructuras

⁶¹ Por ejemplo bajo el artículo primero del Acuerdo del GATT.

de gobernanza” que seleccionan los agentes maximizadores para gobernar su relación; así, cuando los costos de transacción son reducidos, las partes optan por utilizar la “gobernanza del mercado”; al otro extremo se encuentra una organización vertical y jerarquizada, y en el intermedio se encuentran otros tipos de estructuras. (iii) El principal factor determinante de la magnitud de los costos de transacción es la denominada dimensión de la “especificidad de los activos”. Con base en lo anterior, y en el contexto del DI, (iv) justificamos porque dados los altos costos de transacción, la utilización de “gobernanza del mercado” se considera una opción descartable en dicho contexto, y finalmente (v) también argumentamos que las relaciones que se tejen entre estados pueden analizarse consistentemente en el marco de la noción neoinstitucionalista de la *especificidad de activos*.

Por supuesto, lo recién indicado suscita una serie de preguntas, y dentro de estas la más relevante gravita en torno a la siguiente cuestión: si la “gobernanza del mercado” es una opción descartable en el contexto del DEI, entonces ¿Cuál es la estructura de gobernanza que se adapta y que permite comprender de mejor manera las transacciones que se dan en dicho contexto? ¿Se trata acaso de la organización vertical (gobernanza unificada)? ¿Se trata de alguna de las estructuras híbridas? o ¿En qué casos esta o aquella estructura resultarían aplicable? A estas cuestiones se refiere precisamente el siguiente aparte de este trabajo.

3.3.- Las estructuras de gobernanza y el Derecho Económico Internacional.

La tabla N° 1 es una síntesis esquemática de las diferentes estructuras de gobernanza que pueden utilizar los agentes para gobernar eficientemente sus relaciones, y se explica de la siguiente manera: la escogencia de determinada estructura es una función de la magnitud, el *continuum* de los costos de transacción (desde muy bajos hasta muy altos). Como se dijo en la subsección precedente, esta magnitud está determinada por la *especificidad de activos*, y esta a su vez está relacionada con el plazo, el término durante el cual se extiende de la relación entre los agentes. Previamente hicimos algunas anotaciones respecto de la *gobernanza de mercado*. En la presente sección ampliaremos la discusión hacia las otras estructuras y nos aproximaremos a algunos ejemplos de estas que se replican en el contexto del DI.

Tabla N° 1: Las estructuras de gobernanza eficientes

	Gobernanza de mercado	Gobernanza trilateral	Gobernanza bilateral	Gobernanza unificada
Magnitud costos de transacción	Muy bajos	bajos	altos	Muy altos
Especificidad de los activos	No específico	Poco específico	Específico	Muy específico
Término de la relación	Corto plazo	Mediano y largo plazo	Largo plazo	Permanente
Mecanismo de Enforcement	Competencia	Mecanismo exógeno (árbitro)	Mecanismo endógeno	Control / jerarquía
			Contratación relacional	
Caso en Derecho Internacional	N/A	Sistema jurídico de la Unión Europea	NAFTA (EE.UU. – Canadá)	Reunificación de alemanias finales siglo XX

Fuente: Creación propia a partir de Macneil (1977), Williamson (1985), Shelanski & Klein (1995), Aceves (1996) y Koh (1996)

En el seminal trabajo de Coase, “*La Naturaleza de la empresa*” (1937) se defiende la idea de que la organización (*the firm*) –entendida no como unidad de producción sino como estructura vertical jerarquizada– existe porque algunas transacciones son más baratas para las partes si ellas ocurren al interior de dicha estructura en comparación a que si ocurriesen en el mercado. De manera que en ocasiones –y tal como ya se mencionó– cuando los costos de transacción son significativamente altos, la “organización” sustituye a las transacciones en el mercado.

En desarrollo de esta dicotomía señalada por Coase, en la que en un extremo se encuentran las transacciones de mercado y en el otro las organizaciones⁶², Williamson (1985) perfila una sofisticada teoría en la que denomina tanto a aquellas como a estas casos particulares de “estructuras de gobernanza”, y defiende que el uso de cada una depende esencialmente de los diferentes grados de costos de transacción en cada caso.

En la subsección precedente señalamos que la “gobernanza de mercado” constituía una estructura eficiente en el supuesto de ausencia –o magnitud muy baja– de costos de transacción. Enunciamos que en el otro extremo de ese *continuum* los altos costos de transacción exigen la utilización de una “organización”, que en términos de Williamson se le denomina como “gobernanza unificada”. El rasgo característico de esta última es que una misma estructura engloba, internaliza los dos lados de la transacción, y por tanto se elimina virtualmente uno de las partes del acuerdo (*vgr.* cuando el proveedor de un insumo es adquirido por la empresa a la que provee). Vale agregar, en ocasiones el propio Williamson alude a la “gobernanza unificada” bajo los términos de “jerarquías” (*hierarchies*) o “integración vertical”⁶³.

En el intermedio de las estructuras de gobernanza enunciadas (el mercado y la organización) se encuentran algunas estructuras “híbridas” cuyos límites tienden a traslaparse entre sí. Concretamente cuando la “gobernanza del mercado” resulta insuficiente para controlar los costos de transacción, se abre espacio la denominada “gobernanza trilateral” cuya característica fundamental es que el contrato autoriza a un tercero (*vgr.* un árbitro o un tribunal) para que dirima las controversias sobre aquellas contingencias imprevistas que puedan presentarse en el desarrollo de la relación. Una escala más arriba, y también por razones de eficiencia transaccional, se abre paso la “gobernanza bilateral”, en la cual las partes prescinden de la intervención de un tercero, y en su lugar, las controversias se resuelven por las mismas partes, y en el contexto de la misma “relación contractual” (contratación relacional). Vale agregar, aunque la ausencia de un tercero es una característica que comparte la “gobernanza bilateral” y la “gobernanza unificada”, estas dos estructuras se diferencian en que en la primera las partes mantienen su autonomía, mientras en la segunda, las transacciones quedan sujetas a una relación de autoridad (jerarquía) de una parte respecto de la otra⁶⁴.

⁶² “Coase hizo una clara distinción entre transacciones intraempresariales y transacciones interempresariales, argumentando que mientras estas representan los contratos en el mercado, aquellas representan la dirección planeada” (1983, pág. 373)

⁶³ “He enfatizado en los incentivos para eliminar las transacciones de mercado y organizarlas internamente (integración vertical), este análisis es simétrico y se refiere al mercado, y a modos jerarquizados e intermedios de organización por igual” (Williamson, 1979, pág. 234)

⁶⁴ *cf.* Williamson (1985, pág. 84)

Ahora, en lo relacionado con el DI, señalamos que dada la magnitud de los costos de transacción en el contexto internacional, resultaba descartable la utilización de la “gobernanza del mercado”. Sin embargo –como se anticipó– ello nos lleva a cuestionarnos acerca del tipo de estructuras de gobernanza (diferente a la “gobernanza del mercado”) que permitirían explicar al menos un número importante de situaciones en el contexto DEI.

Al respecto, lo primero es argumentar que el extremo de la “gobernanza unificada” resulta ser una estructura normalmente inaplicable a la mayoría de las relaciones que se tejen entre estados. En efecto, como se sostuvo, la literatura suele entender el “mercado de las relaciones internacionales” como un escenario en el que se efectúan intercambios no monetizados (trueques) sobre la soberanía, la autoridad regulatoria de cada agente-estado. En este orden, utilizar una “gobernanza unificada” supondría *stricto sensu* que un estado cede –al menos parcialmente– el control de dicha autoridad a favor de otro; sin embargo, en el escenario internacional, los estados suelen defender ferozmente su propia soberanía, y por tanto, siempre serán reacios a ceder el control de esta a favor de otro agente-estado⁶⁵. Al margen de ello, en el contexto internacional hay sin embargo casos destacables como el proceso de negociación que devino en la (re)unificación entre la República Democrática Alemana bajo el “control” de la República Federal de Alemania a finales de siglo XX, que bien puede entenderse como un referente importante –aunque excepcional– de la utilización de “gobernanza unificada” en el contexto internacional⁶⁶.

Ahora, si la “gobernanza de mercado” no posee un reflejo relevante en el escenario internacional, y la “gobernanza unificada” aparece excepcionalmente, es preciso indagar si es que acaso la mayoría de los acuerdos que se tejen entre agentes-estados encajan en alguna de las estructuras híbridas de gobernanza ya mencionadas.

Para afrontar esta cuestión y como se enunció previamente, vale decir que con el progresivo aumento de los costos de transacción resulta cada vez más difícil –incluso hasta niveles prohibitivos– que las partes puedan negociar y estructurar contratos completos en el sentido de que estos describan *ex ante* todas las posibles contingencias hipotéticas que puedan surgir en el curso de la relación contractual *ex post*. Así, entre mayor sea el cúmulo de contingencias no previstas explícitamente *ex ante*, mayor es entonces la incertidumbre a la que queda sujeta la relación y mayor también la probabilidad de que las partes desplieguen comportamientos oportunistas. De ahí que la NEI tienda a poner el acento incluso en el diseño de los mejores mecanismos de ajuste del acuerdo *ex post*, en contraste con el enfoque económico ortodoxo, el cual se concentra en el mejor diseño del acuerdo inicial⁶⁷.

⁶⁵ “Para que el régimen internacional sea eficaz, las medidas ordenadas deben ser obedecidas, sin embargo, la soberanía excluye el cumplimiento [enforcement] a través de una jerarquía” (Keohane, *International Institutions: Two Approaches*, 1988, pág. 387). Sobre este mismo punto, *cfr.* Aceves (1996, pág. 1017)

⁶⁶ Sobre este y otros casos de “gobernanza unificada” en el contexto internacional *cfr.* Lake (1996) quien, basado en la teoría williamsoniana de estructuras de gobernanza, se dirige a explicar diferentes procesos de negociación entre estados que van desde “alianzas”, en donde cada parte conserva la totalidad de sus derechos (soberanía), hasta la formación de “imperios”, entendidos como estructuras jerárquicas en donde un estado cede el control de su soberanía a favor de otro.

⁶⁷ Una de las diferencias entre el AED clásico y la NEI se refiere al hecho que aquel se concentra en la alineación de incentivos contractuales *ex ante*, mientras esta “...asume que los contratos son incompletos y que la acción se concentra en los mecanismos de gobernanza *ex post*” (Williamson, 1996b, pág. 386)

Ahora, la contratación incompleta y la consecuente necesidad de concentrarse en el diseño de mejores mecanismos contractuales de ajuste del acuerdo *ex post*, ciertamente refleja una parte importante de lo que sucede es los procesos de negociación, celebración y ejecución de las “instituciones internacionales”. Al respecto, Aceves (1996, pág. 1016) sostiene que pese a que los estados suelen tomar incluso años para negociar y suscribir un tratado⁶⁸, en general, estos tratados internacionales tienden a ser contratos bastante incompletos dados los altos costos de transacción que supone contemplar *ex ante* la totalidad de contingencias que puedan afectar la relación hacia futuro, así como establecer de manera precisa todas las salvaguardas⁶⁹ dirigidas a mantener estable la relación, reducir la incertidumbre y prevenir comportamientos oportunistas *ex post*⁷⁰. Según el mismo autor, lo anterior supone la necesidad de que los agentes-estados inviertan recursos en la determinación del contenido de los acuerdos, pero también en el diseño de mecanismos *ex post* lo suficientemente flexibles y que permitan dar solución a las disputas, realinear el acuerdo y asegurar los compromisos si es que se presenta *a posteriori* una contingencia imprevista.

Para estos efectos, en ocasiones los estados crean o autorizan explícita y formalmente a un tercero independiente, llámese tribunal o árbitro, confiriéndole funciones tales como la administración de las reglas creadas por las partes del acuerdo, el monitoreo del cumplimiento, la sanción del incumplimiento, y en últimas, para que este tercero prevenga comportamientos oportunistas *ex post* y ofrezca soluciones a las disputas y contingencias imprevistas que se presenten en el desarrollo de la relación⁷¹. Como se puede constatar, este tipo de solución encaja consistentemente en la descripción *williamsoniana* de lo que este mismo define como “gobernanza trilateral”.

En ámbito del DEI ciertamente puede verificarse casos concretos de “governanzas trilaterales” como sucede con el derecho y la jurisdicción de la Unión Europea, según el cual, los estados partes reconocen (incluso a nivel de cortes locales) la supremacía de la norma comunitaria sobre las normas locales, y en caso de presentarse una disputa entre estados, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelve esta conforme el derecho de la Unión. En este orden, y consistente con la definición de la “gobernanza trilateral”, en el derecho y la jurisdicción europea (i) los estados autorizan formalmente a terceros independientes para que administren y monitoreen el cumplimiento de las reglas creadas por los mismos agentes-estados, y (ii) la aceptación de un estado de someterse al derecho de la Unión actúa como una salvaguarda *ex ante* para prevenir comportamientos oportunistas *ex post*⁷².

Empero, pese a las ventajas que sugiere la utilización de la “gobernanza trilateral” y su común utilización en el contexto internacional, esta posee algunas dificultades particularmente relevantes de cara al DEI, entre ellas: (i) Que por definición, optar por dicha gobernanza, equivale a optar por una forma de “centralismo legal” al menos en lo relacionado con la resolución de disputas, ello, con las condiciones (señaladas en el numeral 3.2 anterior) que esta solución requiere, *vgr.* que su efectividad depende de que el juez-árbitro pueda contar con toda la información relevante sobre los

⁶⁸ El autor expone como ejemplo de esta situación el caso Acuerdo de la Ronda de Uruguay, cuyo proceso de negociación llevo mas de siete años. *cf.* Aceves (1995)

⁶⁹ Sobre la noción de “salvaguarda” *cf.* Nota *infra* 49

⁷⁰ Una teoría dirigida a explicar la inclusión de salvaguardas en los tratados a fin de prevenir comportamientos oportunistas es desarrollada por Ress (1994).

⁷¹ *cf.* Aceves (1996, pág. 1018)

⁷² *Ibid.* (1996, pág. 1018 y ss)

agentes-estados y que la resolución que establezca aquel se pueda lograr e implementar a bajo costo. En un contexto –como el internacional– caracterizado por la ausencia de jerarquías y la defensa individual de la soberanía, tales condiciones parecen ser más la excepción que la regla general. (ii) Que la “gobernanza trilateral” es una solución confrontacional por definición, lo cual es una contradicción con la idea de “cooperación” a la que se supone deben apuntar las instituciones internacionales⁷³. (iii) Que el proceso de diseño de las reglas, las instituciones a las cuales se somete el tercero puede ser en ocasiones tan largo y complejo como el diseño del acuerdo mismo sobre el cual aquel debe resolver las disputas. Finalmente, (iv) que en el contexto internacional, los tribunales (y los tratados mismos) suelen tener problemas para adaptarse rápidamente a los constantes y evolutivos cambios que suelen ocurrir en dicho contexto⁷⁴, lo cual sugiere la necesidad de que las partes deban contar en ocasiones con un mecanismo más informal, de ajuste dinámico y efectivo que permita modificar dinámicamente el acuerdo celebrado.

En síntesis, la “gobernanza trilateral” es una estructura que, pese a sus ventajas y a su común utilización en el contexto internacional, prescinde de la posibilidad de utilizar otras alternativas institucionales más informales y flexibles que como señalamos, la NEI ha demostrado, pueden resultar particularmente exitosas para coordinar intereses individuales y colectivos incluso en condiciones anárquicas⁷⁵, y por tanto, la “gobernanza trilateral” puede considerarse una estructura insuficiente para explicar una parte importante de los comportamientos de los estados y de las situaciones que se presentan en ámbito internacional.

En ocasiones entonces los agentes-estados prescinden de la utilización de la “gobernanza trilateral” y en su lugar optan por la utilización de la “gobernanza bilateral”; un mecanismo más informal y flexible, que pone el acento sobre el mantenimiento de la relación en el largo plazo y no sobre el acuerdo inicialmente celebrado. En ocasiones la literatura se refiere a la “gobernanza bilateral” bajo la expresión concreta de la “contratación relacional”⁷⁶, según la cual el contrato se contempla como una estructura no estática, sino dinámica⁷⁷, en donde el punto de referencia que guía la resolución de disputas y contingencias deja de ser el acuerdo original y estático, y pasa a ser “... *la relación como un todo y como esta va desarrollándose con el paso del tiempo.*” (Macneil, 1977, pág. 890).

Según la NEI, los supuestos que subyacen a la “gobernanza bilateral” son: (i) que en ocasiones la relación que pretenden estructurar las partes a lo largo del tiempo puede ser tan compleja que resulta prohibitivamente costoso tratar de reducirla a obligaciones específicas *ex ante*, de ahí que el acuerdo inicial tienda a ser incompleto, poco exhaustivo y por tanto, que dependa más de la efectividad de mecanismos de reajuste *ex post*⁷⁸. Por otro lado, (ii) que a medida que dichos costos

⁷³ *cfr.* Nota supra 38

⁷⁴ *cfr.* Aceves (1996, pág. 1023 nota 107)

⁷⁵ *cfr.* La descripción de la tesis de Ostrom (2011) en el “Gobierno de los bienes comunes” nota *supra* 41.

⁷⁶ “...a la contratación clásica se aproxima (...) como la gobernación de mercado, la contratación neoclásica comprende la gobernación trilateral, [mientras] los contratos relacionales (...) están organizados en estructuras bilaterales o unificadas.” (Williamson, 1985, pág. 81)

⁷⁷ *cfr.* Aceves (1996, pág. 1014)

⁷⁸ “Entre más incierto el ambiente y más difícil sea incluir en el contrato las circunstancias cambiantes, más probable será que las partes sacrifiquen la precisión y la implementación de términos contractuales definitivos, y en su lugar opten por términos contractuales relacionales más flexibles, que definen las obligaciones con menor precisión y que establecen procedimientos para la renegociación y ajuste de los términos contractuales.” (Saussier & Masten, 2000, pág. 226)

de transacción *ex ante* se incrementan, el cumplimiento y la estabilidad del acuerdo depende cada vez más de la confianza, la reputación que mutuamente señala cada agente respecto del cumplimiento de sus obligaciones. De ahí que la “gobernanza bilateral” suponga que los agentes diseñen acuerdos en los que la resolución de disputas no gravita en torno a la decisión de un tercero, y en su lugar tiendan a gravitar alrededor de mecanismos de ajuste y *enforcement* más informales y relacionales⁷⁹.

En el contexto internacional, y a manera de hipótesis, una parte importante de las relaciones que se tejen entre estados –quizá la mayoría– concuerdan consistentemente con la lógica de la “gobernanza bilateral”. Para demostrar esta hipótesis es preciso indagar sobre las siguientes preguntas: (i) ¿A qué nos referimos cuando afirmamos que ciertos acuerdos entre estados tienden a ser premeditadamente poco exhaustivos, y que por tanto, dependen de la efectividad de mecanismos de reajuste *ex post*? En el contexto internacional ¿Qué instrumento puede cumplir el rol de este mecanismo de reajuste *ex post*? y (ii) ¿Por qué se dice que en estos casos, la reputación parece jugar un rol preponderante en materia de *enforcement*, incluso más efectivo y menos costoso que un mecanismo exógeno propio de la “gobernanza trilateral”?

Respecto de la primera pregunta, hay que recordar las dos principales fuentes del derecho internacional: los tratados y la costumbre internacional⁸⁰. Esta última suele definirse como “...una práctica general y consistente seguida por los estados, en el sentido de percibirse como una obligación jurídica”⁸¹. Como los tratados, de la costumbre surgen obligaciones vinculantes entre estados, sin embargo ello ocurre prescindiendo de los formalismos (vgr. los procesos de negociación) propios de aquellos. Esto último supone que la costumbre posee una naturaleza más flexible (en comparación con los tratados) que permite enfrentar de mejor manera las circunstancias futuras cambiantes.

Ahora, la flexibilidad y la obligatoriedad que el derecho internacional adjudica a la costumbre permite efectivamente que los estados puedan celebrar acuerdos poco exhaustivos. En este caso, la costumbre suele solucionar *ex post* –y de forma eficiente– los problemas de costos de transacción derivados de la falta de exhaustividad en el acuerdo formal inicial. Esto ocurre por al menos tres razones⁸²: (i) Si dos estados concuerdan consistentemente en una misma práctica con concurrencia de *opinio juris*⁸³, ello hace innecesario o cuando menos redundante que esta “costumbre bilateral” deba replicarse en un tratado que se celebre entre ellos. De manera que, la (pre)existencia de la costumbre permite que las partes no deban incorporar todas las posibles contingencias que puedan presentarse a lo largo de la relación *ex post*. En este caso, el tratado funciona más como una guía que incorpora una serie de reglas que se consideran básicas para gobernar la relación hacia futuro. De ocurrir en el futuro una contingencia imprevista en el acuerdo (*gap*) esta puede ser solucionada (*filled*) según la costumbre internacional. Por otro lado, (ii) es posible que se presenten

⁷⁹ “El aumento progresivo de “la duración y la complejidad” del contrato ha conducido incluso al desplazamiento de los procesos de ajuste neoclásicos [vgr. el arbitraje] por los de ajuste administrativo continuo, específicos de ciertas transacciones.” (Williamson, 1985, pág. 80).

⁸⁰ cfr. Guzman (2008, pág. 23); Goldsmith & Posner (1999, pág. 1113)

⁸¹ Restatement of the Law, Third, the Foreign Relations Law of the United States, 1987, §102(2).

⁸² cfr. Aceves (1996, pág. 1056 y ss)

⁸³ La doctrina en DI suele requerir la verificación de dos elementos para determinar la existencia de una costumbre internacional a saber: (i) la denominada *opinio juris*, y (ii) la práctica consistente cfr. Thirlway (2010, pág. 102)

ambigüedades en algunas cláusulas contenidas en el tratado. En este caso, la costumbre puede ser utilizada por las partes (o por un tribunal) para resolver la ambigüedad e interpretar ulteriormente el alcance del acuerdo inicial. Finalmente, (iii) dado que la costumbre posee una naturaleza dinámica en el sentido que tiende a cambiar con el paso del tiempo por razón de cambios tecnológicos, en el contexto o en los intereses de los estados⁸⁴, entonces, es posible que posterior al tratado surja entre los estados una práctica consistente que difiera de lo pactado explícitamente en el acuerdo original. En este caso, la costumbre permite a las partes enfrentar las circunstancias cambiantes de una manera menos costosa, esto es, sin que las partes deban recurrir a los formalismos propios de una modificación o celebración de un nuevo tratado.

Como se puede cotejar, el hecho de que la costumbre surja como un mecanismo de reajuste *ex post*, ya sea a través de: (i) integración del contenido de las lagunas (*gaps*), (ii) mediante la interpretación de las ambigüedades del acuerdo inicial, o (iii) incluso modificando las obligaciones formalmente pactadas, ello permite que los estados obtengan los beneficios derivados de la cooperación, sin necesidad de incurrir en los costos –de transacción– asociados a la formalización de un tratado. La vinculatoriedad de la costumbre internacional permite entonces que los estados cuenten con la flexibilidad suficiente para celebrar tratados poco exhaustivos que se reajustan dinámicamente conforme como la relación va desarrollándose con el paso del tiempo.

Sin embargo, lo recién indicado suscita un problema no menor: Si la vinculatoriedad de la costumbre permite que los estados realicen acuerdos poco exhaustivos, pero aquella depende de la práctica consistente desplegada por el agente-estado, entonces, es suficiente que unilateralmente un estado *w*. modifique su comportamiento (de manera consistente) a fin de que la relación se reajuste pero de una forma estratégicamente beneficiosa para él. En este caso, un tribunal poseería dificultades *ex post* para realinear el acuerdo pues, *stricto sensu* puede no existir un incumplimiento por parte del estado *w*. Dicho de otra manera, la costumbre internacional por si misma puede incentivar el despliegue de comportamientos oportunistas de los agentes-estados, y en definitiva no resuelve de manera efectiva las disputas y contingencias imprevistas que se presenten en el desarrollo de la relación entre estados. De ahí que –como se dijo– se requieran mecanismos de ajuste y *enforcement* más informales y relacionales. En el contexto internacional –y como ya se ha venido anticipando– este rol viene a ser ocupado por la “reputación”.

Al respecto, conceptualmente la reputación alude en general, a la predicción que hace un agente *x*. sobre el comportamiento futuro de un agente *w*., tomando como base los comportamientos previamente observados de *w*. En este orden, la tendencia previa y observable de *w*. a comportarse de una misma manera, genera para sí “buena” reputación en el sentido que *x*. puede pronosticar con relativa certeza el comportamiento futuro de *w*, lo que genera incentivos para mantener y facilitar la celebración de acuerdos no exhaustivos entre estos agentes. Por lo mismo, la tendencia previa y observable a incumplir con los compromisos genera “mala” reputación en el sentido que *x*. no puede predecir con certeza el comportamiento futuro de *w*, lo que desincentiva la realización y el mantenimiento de acuerdos con *w*, o dicho de manera mas precisa, la mala reputación incentiva a la celebración de acuerdos particularmente exhaustivos como una alternativa estratégica de prevenir ulteriores comportamientos oportunistas.

⁸⁴ Una teoría económica sobre la costumbre internacional, incluyendo la manera en que esta cambia en el tiempo puede verificarse en Goldsmith & Posner (1999)

Nótese que la buena reputación, y por tanto, la creciente certidumbre sobre pronóstico que *x.* anticipa sobre el comportamiento futuro de *w.* depende exclusivamente de los comportamientos anteriores desplegados por *w.*, ello al margen de la amenaza que representa la sanción que un tribunal puede imponer a *w.* por incumplir sus compromisos. De suerte que, *stricto sensu*, un sistema de intercambio basado en la reputación de los agentes puede llegar incluso a prescindir de la existencia de un mecanismo exógeno de *enforcement* (gobernanza trilateral).

Ahora, existen mercados en los que los agentes carecen de incentivos para la generación, acumulación de “buena” reputación, y ello ocurre cuando: (i) los comportamientos previos del agente no son observables, o (ii) cuando las interacciones no se repiten entre los mismos agentes (juego de una sola acción). Empero, estas condiciones no corresponden con lo que sucede en el contexto internacional, en el cual, (i) los comportamientos previos (*vgr.* la consistencia o inconsistencia de una práctica por parte del estado) son normalmente observables por todos los agentes-estados⁸⁵, y (ii) las interacciones tienden a repetirse indefinidamente y en el largo plazo (juego iterado) entre los mismos agentes. Bajo estas condiciones fácticas, y según la teoría de juegos, los agentes tienden a renunciar a la obtención de beneficios en el corto plazo a cambio de capturar mayores beneficios derivados de la cooperación en el largo plazo, en otras palabras, suelen comportarse de forma consistente, seguir con la costumbre, y en definitiva, cumplir sus compromisos internacionales, sin requerir de un mecanismo formal y exógeno de *enforcement*⁸⁶.

Vale decir, entre internacionalistas existe consenso de que la reputación juega un papel preponderante en la manera como se estructuran los compromisos y las relaciones entre estados⁸⁷. Concretamente se dice que, (i) la buena o mala reputación de un agente-estado en particular afecta respectivamente la mayor o menor disposición de otros estados a realizar o a mantener acuerdos con aquel en el futuro⁸⁸. Así por ejemplo, si un estado se desvía estratégicamente de una práctica, una costumbre internacional a fin de obtener un beneficio en el corto plazo, ello genera para sí costos –reputacionales– expresables en que otros estados serán menos propensos a negociar, acordar y a cooperar con aquel en el largo plazo. Por otro lado, (ii) también se dice que la buena reputación de un estado reduce la necesidad de contar con mecanismos formales y exógenos de *enforcement* (*vgr.* un tribunal)⁸⁹, y por lo mismo entonces, la mala reputación incentiva a que los estados prefieran dedicar mayores recursos al diseño de dichos tipos de mecanismos propios de la de gobernanza trilateral.

Así las cosas, dado que en el contexto internacional los comportamientos previos de cada estado son normalmente observables por todos los demás agentes-estados y las interacciones tienden a

⁸⁵ *cfr.* Horn & Mavroidis (2007, pág. 183)

⁸⁶ *cfr.* Wagner (1983, pág. 331)

⁸⁷ “La perspectiva dominante en la literatura [del derecho internacional y de las relaciones internacionales] es que la reputación juega un papel extremadamente importante en la promoción del cumplimiento” (Downs & Jones, 2002, pág. S99). Sobre este mismo punto, también *cfr.* Keohane (1984, pág. 105 y ss). Una visión escéptica del rol de la reputación en el escenario internacional se encuentra en Goldsmith & Posner (1999, pág. 1135 y ss)

⁸⁸ *cfr.* Trachtman (2008, pág. 107); Downs & Jones (2002); Aaken (2009, pág. 37); Guzman (2002, pág. 1845) y (2008, pág. 33)

⁸⁹ “Las sanciones reputacionales pueden generar incentivos para cumplir con las obligaciones internacionales y pueden dar lugar a cambios [o mantenimiento] del comportamiento de los estados, incluso en ausencia de mecanismos formales de *enforcement*” (Guzman, 2008, pág. 40)

repetirse indefinidamente entre los mismos agentes, entonces –en lo que respecta a la costumbre internacional–, si bien un estado puede tener incentivos para modificar unilateralmente y en el corto plazo la práctica a fin de que cierto tratado celebrado *ex ante* se reajuste de una forma estratégicamente beneficiosa para él, ello no puede lograrse sin que el mismo estado incurra simultáneamente en costos reputacionales en el largo plazo. En otras palabras, las condiciones fácticas del contexto internacional, permiten que en ciertas circunstancias –quizá en la mayoría– los estados presten una atención más bien relativa al diseño de mecanismos exógenos de *enforcement* (gobernanza trilateral), y opten más por confiar en la efectividad de mecanismos endógenos de *enforcement* (gobernanza bilateral), que como la reputación ciertamente incentivan a que los estados tiendan a comportarse consistentemente de la misma manera en el largo plazo, incluso si ello supone renunciar a la obtención de beneficios en el corto plazo.

Con todo, la “gobernanza bilateral” y los incentivos reputacionales implícitos en ella pueden explicar porque parece ser más factible y común que estados con antecedentes históricos de buena reputación y de confianza recíproca puedan llegar más fácilmente a celebrar y a mantener acuerdos entre si en el largo plazo sin que sea necesario contar con un mecanismo exógeno de *enforcement* particularmente fuerte. Así por ejemplo, históricamente las relaciones entre Canadá y EEUU se han caracterizado por un alto nivel recíproco de confianza y de buena reputación de lado y lado, lo que ha facilitado la implementación y profundización de tratados comerciales como el NAFTA. En contraste, esta característica no se replica en la relación histórica entre EEUU y México, en la cual incluso diferencias no relacionadas estrictamente con asuntos económicos, han afectado negativamente la mutua reputación y por tanto, la implementación y profundización del mismo NAFTA⁹⁰.

CONCLUSIONES: NUEVAS CUESTIONES DEL ANÁLISIS NEOINSTITUCIONALISTA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

El presente escrito no pretende –de lejos– agotar los aportes que desde la perspectiva de la NEI pueden efectuarse para lograr una mejor comprensión del DI en general y al DEI en específico. Somos conscientes de que la presente es una aproximación bastante incompleta, y de hecho quizá sea pretensioso completar la aproximación en algún momento. Y esto último no solo por la multiplicidad de cuestiones relevantes del DI susceptibles de analizarse a partir de la NEI, sino particularmente porque la NEI mas que “una teoría” se entiende mejor como un conjunto de “teorías” cuyo rasgo común es que, (i) ponen el acento sobre las “instituciones” (reglas de juego), y (ii) que toman distancia, es decir que son escépticas de los postulados básicos de la economía convencional⁹¹. Así las cosas, mientras una aproximación *williamsoniana* quizá se concentre en la manera como el DI se estructura para lidiar con costos de transacción entre agentes-estados, una aproximación *ostromiana* tenderá más a dirigirse –por ejemplo– hacia la instituciones necesarias para la administración de bienes comunes globales (*global commons*).

⁹⁰ cfr. Koh (1996, pág. 203) quien sostiene que el denominado incidente Alvarez-Machain, afectó negativamente la confianza entre México y EEUU, lo que creo dificultades (retaliación por parte de México) en el proceso de negociación del NAFTA.

⁹¹ cfr. Kalmanovitz (2003, pág. 189)

En este orden, lo que se pretendió en este escrito no fue mas que delinear someramente algunos (muy) pocos conceptos acuñados por la NEI tales como la “transacción”, el “costo de transacción”, el “contrato” y la “institución” misma, para hacer una aproximación consistente a algunos aspectos generales del DI.

También se pretendió evidenciar la existencia de innumerables caminos, cuestiones del DI en las que es menester afinar, hacer una aproximación más precisa a partir de la NEI. En las líneas que restan y con la intención de continuar con el debate se mencionan –arbitrariamente– un par de estas cuestiones de peculiar importancia.

El derecho ambiental internacional

Uno de los puntos mayormente estudiados desde la perspectiva económica (incluso convencional) es el relacionado con la producción y el control de externalidades en los mercados, lo cual supone por antonomasia el análisis de cuestiones ambientales relevantes tales como la contaminación atmosférica, el calentamiento global, etc.

Ahora, desde la perspectiva coaseana (1960), el acuerdo entre las partes permitirá a estas solucionar entre si el problema de las externalidades y llegar a una solución Pareto-eficiente. Según el propio Coase, la posibilidad de llegar a acuerdos eficientes depende de que exista una (pre)definición inicial de los derechos de propiedad entre los involucrados. En contextos locales, dicha asignación es efectuada normalmente de manera centralizada por el *lawmaker* (juez o legislador), pero en el contexto internacional, la definición de los derechos de propiedad depende esencialmente de la manera como se estructuren los acuerdos entre estados, y además, la manera como internamente un estado defina los derechos –en materia ambiental– puede tener efectos negativos o positivos respecto de otros estados (*externalidades regulatorias*). Estas circunstancias generan una serie de problemas que bien pueden ser abordados desde una perspectiva neoinstitucionalista.

Aunque los estados en general puedan estar interesados en la delimitación y asignación de derechos de propiedad sobre la contaminación y en cooperar entre sí para la preservación del medio ambiente, no lo están de la misma manera ni en el mismo grado. Así, mientras los estados más ricos y desarrollado tienden a dar un valor relativamente alto a la protección del medio ambiente, simultáneamente, los más pobres tienden a un valor relativamente reducido⁹². Desde una perspectiva coasena esto significa que los estados más desarrollados deberían mostrar una mayor disposición a pagar a los más pobres por obtener de estos ciertos compromisos acerca de la manera como incluso internamente regulan el medio ambiente. Esta circunstancia señala una serie de problemas de los que suele ocuparse la perspectiva de la NEI.

Si los estados pobres asumen que los más ricos estarán dispuestos a pagar por obtener de ellos ciertos compromisos regulatorios en materia medioambiental, la consecuencia más evidente es que aquellos tendrán incentivos para la extracción de quasi-rentas de los mas ricos, y en general, tenderán a desplegar comportamientos estratégicos y oportunistas. Al respecto, y como se sugirió en este texto, tales tipos de comportamientos (en contraste con la perspectiva clásica) suelen tratarse como un supuesto conductista del que parte el

⁹² *cfr.* Steinberg (2007, pág. 486 y ss)

enfoque de la NEI⁹³. En este caso, una de las funciones de las “instituciones” se dirige precisamente a desincentivar tales tipos de comportamientos, lo cual, en el contexto del derecho ambiental internacional supone alinear las regulaciones internas con los fines internacionales en materia ambiental, fomentar la generación y transmisión de información entre agentes (*vgr.* corregir problemas de asimetrías de información), verificar el cumplimiento de los compromisos por parte de cada agente-estado, y en definitiva, resolver el problema de acción colectiva y otros problemas de cooperación comunes en el DI y en la NEI⁹⁴.

(Más) sobre el *enforcement* en el contexto internacional: El rol de las recomendaciones de agentes no-gubernamentales

En el texto efectuamos algunas anotaciones acerca de la manera como desde la NEI se aborda lo relativo al cumplimiento de los compromisos y el mantenimiento de los acuerdos en el largo plazo bajo diferentes condiciones de *enforcement*. Además, presentamos algunas aproximaciones a la manera como en el contexto internacional se articulan y resultan efectivos mecanismos exógenos (*vgr.* un tribunal) y endógenos (reputación) de *enforcement* para el cumplimiento de compromisos por parte de los estados. Sin embargo, hay otras cuestiones alternativas que no abordamos y que no obstante merecen particular atención.

Al respecto, en el texto designamos implícitamente a los agentes-estado como los únicos actores relevantes y supusimos también que estos agentes operan cada uno como “cajas negras” en el contexto internacional. A menudo los internacionalistas asocian esta asunción con el modelo positivista westfaliano⁹⁵. Sin embargo, este modelo de aproximación ha sido criticado insistentemente, entre otras razones porque descarta la creciente relevancia de otros actores no-estatales en el contexto internacional tales como los organismos intergubernamentales, y la manera como estos agentes están estructurando la “*forma en que se juega el juego*”⁹⁶ en el contexto internacional.

Lo que pretendemos delinear subrepticamente es que las recomendaciones, las declaraciones, los instructivos diseñados y expedidos por estos actores no-estatales, si bien no encajan adecuadamente en ninguna de las fuentes tradicionales del derecho internacional (tratados y costumbre internacional), si encajan consistentemente en la definición de “instituciones informales” a que alude la NEI. Como “instituciones”, dichas expresiones de *soft law* han venido adquiriendo una creciente atención en el contexto el DI, y concretamente (para nuestros efectos) han demostrado ser mecanismos de *enforcement* particularmente efectivos.

Sobre este particular Aaken (2009) destaca el caso del *Grupo de acción financiera en contra del lavado de dinero* (FATF), como un ejemplo concreto de un agente intergubernamental que mediante mecanismos de mercado y a través de la expedición de estándares de conducta, recomendaciones que, no obstante no ser vinculantes *stricto sensu* para los

⁹³ *cfr.* Williamson (1985, pág. 56 y ss)

⁹⁴ *cfr.* Keohane (1984)

⁹⁵ *cfr.* Aaken (2014, pág. 505)

⁹⁶ Como se anotó en la sección segunda, desde la perspectiva de la NEI, la “*forma en que se juega el juego*” está dado por las instituciones (formales e informales) aplicables junto a sus características de *enforcement*.

estados (*soft law*), han demostrado ser mecanismos de monitoreo y *enforcement* particularmente efectivos (incluso más que los mecanismos formales) para que los estados se comporten de una manera consistente y predecible.

Según la tesis de la autora las instituciones informales y los mecanismos de *enforcement* (también informales) de la FATF han sido particularmente efectivos pues: (i) Los estados miembros de la organización coinciden con la mayoría de los centros financieros del mundo y de esta manera queda cubierta la mayor parte de las transacciones financieras a nivel global. Además (ii) la FATF ha institucionalizado un sistema de *peer-review* y de listas negras (*black lists*), en las que se han incluido incluso estados no-miembros. De superarse la evaluación de la FATF por un estado en particular, ello incrementa las opciones de que otros estados quieran realizar negocios con él.

BIBLIOGRAFÍA

- Aaken, A. v. (2009). Effectuating Public International Law Through Market Mechanisms? *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 165(1), 33-57.
- Aaken, A. v. (Verano de 2014). Behavioral International Law and Economics. *Harvard International Law Journal*, 55(2), 501-561.
- Abbott, K., & Snidal, D. (Verano de 2000). Hard and Soft Law in International Governance. *International Organization*, 54(3), 421-456.
- Aceves, W. (1995). Lost Sovereignty - The Implications of the Uruguay Round Agreements. *Fordham International Law Journal*, 19, 427-474.
- Aceves, W. (Invierno de 1996). Economic Analysis of International Law: Transaction Cost Economics and the Concept of State Practice. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 17(4), 995-1068.
- Álvarez, J., & Rojas, I. (2012). Los acuerdos de libre comercio Norte-Sur desde la perspectiva del Análisis Económico de los contratos. En varios, *Serie de Derecho Económico 1: Casos de aplicación del Análisis Económico del Derecho* (págs. 171-206). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Axelrod, R., & Keohane, R. (Octubre de 1985). Achieving Cooperation under Anarchy: Strategies and Institutions. *World Politics*, 38(1), 226-254.
- Ayala, J. (1999). *Instituciones y economía: Una introducción al neoinstitucionalismo económico*. México DF, México: Fondo de Cultura Económica.
- Bhandari, J., & Sykes, A. (1997). *Economic dimensions in international law : comparative and empirical perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Coase, R. (1937). The Nature of the Firm. *Economica*, 4(16), 386-405.
- Coase, R. (Octubre de 1960). The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, 3, 1-44.
- Coase, R. (Otoño de 1999). The Task of the Society. *ISNIE Newsletter*, 2(2), 1-6.
- Coleman, J. L. (1980). Efficiency, utility, and wealth maximization. *Hofstra Law Review*, 8, 509-551.

- Commons, J. (Diciembre de 1931). Institutional Economics. *The American Economic Review*, 21(4), 648-657.
- Commons, J. (1932). The Problem of Correlating Law, Economics, and Ethics. *Wisconsin Law Review*(8), 3-26.
- Cooter, R. (Mayo de 1996). Structural Adjudication and the New Law Merchant: A Model of Decentralized Law. *University of Pennsylvania Law Review*, 144(5), 1643-1696.
- Cooter, R., & Ulen, T. (2007). *Law & Economics* (5th Edition ed.). Boston, EEUU: Pearson Addison Wesley.
- Cossío, J. R. (1997). *Derecho y análisis económico*. México DF, México: Fondo de Cultura Económica.
- Crawford, S., & Ostrom, E. (Septiembre de 1995). A Grammar of Institutions. *The American Political Science Review*, 89(3), 582-600.
- Demsetz, H. (1991). Una revisión de la teoría de la empresa. En O. Williamson, & S. Winter, *La naturaleza de la empresa: Orígenes, evolución y desarrollo* (págs. 220-247). México: Fondo de Cultura Económica.
- Downs, G., & Jones, M. (Enero de 2002). Reputation, Compliance, and International Law. *The Journal of Legal Studies*, 31(S1), S95-S114.
- Dunoff, J., & Trachtman, J. (Invierno de 1999a). Economic Analysis of International Law. *The Yale Journal of International Law*, 24(1), 1-59.
- Dunoff, J., & Trachtman, J. (Abril de 1999b). The Law and Economics of Humanitarian Law Violations in Internal Conflict. *The American Journal of International Law*, 93(2), 394-409.
- Dworkin, R. (Marzo de 1980). Is Wealth a Value? *The Journal of Legal Studies*, 9(2), 191-226.
- Goldsmith, J., & Posner, E. (Otoño de 1999). A Theory of Customary International Law. *The University of Chicago Law Review*, 66(4), 1113-1177.
- Gottlieb, G. (Primavera de 1983). Relationism: Legal Theory for a Relational Society. *The University of Chicago Law Review*, 50(2), 567-612.
- Guzman, A. (Diciembre de 2002). A Compliance-Based Theory of International Law. *California Law Review*, 90(6), 1823-1887.
- Guzman, A. (2008). *How international law works : a rational choice theory*. New York: Oxford University Press.
- Guzman, A. (Febrero de 2008). Reputation and International Law. *UC Berkeley Public Law Research Paper*(Research Paper No. 1112064), 1-41.
- Hardin, G. (Diciembre de 1968). The tragedy of commons. *Science*, 162(3859), 1243-1248.
- Horn, H., & Mavroidis, P. (2007). International trade: dispute settlement. En A. Guzman, & A. Sykes, *Research Handbook in International Economic Law* (págs. 177-210). Cheltenham: Edward Elgar.
- Kalmanovitz, S. (2003). El neoinstitucionalismo como escuela. *Revista de Economía Institucional*, 5(9), 189-212.
- Keohane, R. (1984). *After Hegemony: Cooperation and Discord in the World Political Economy*. New Jersey: Princeton University Press.

- Keohane, R. (Diciembre de 1988). International Institutions: Two Approaches. *International Studies Quarterly*, 32(4), 379-396.
- Klein, B. (Junio de 1983). Contracting Costs and Residual Claims: The Separation of Ownership and Control. *Journal of Law and Economics*, 26(2), 367-374.
- Klein, B. (Primavera de 1988). Vertical Integration as Organizational Ownership: The Fisher Body-General Motors Relationship Revisited. *Journal of Law, Economics, & Organization*, 4(1), 199-213.
- Koh, H. (1996). Transnational Legal Process. *Nebraska Law Review*, 75, 181-208.
- Koremenos, B., Lipson, C., & Snidal, D. (Otoño de 2001). The Rational Design of International Institutions. *International Organization*, 55(4), 761-799.
- Kornhauser, L. (2000). El nuevo análisis económico del derecho: Las normas jurídicas como incentivos. En A. Roemer, *Derecho y Economía: Una revisión a la literatura* (págs. 19-50). Mexico DF: Fondo de Cultura Económica.
- Lake, D. (Invierno de 1996). Anarchy, Hierarchy, and the Variety of International Relations. *International Organization*, 50(1), 1-33.
- Macneil, I. (1977). Contracts: Adjustment of Long Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law. *Northwestern University Law Review*, 72, 854-905.
- Matthews, R. C. (Diciembre de 1986). The Economics of Institutions and the Sources of Growth. *The Economic Journal*, 96(384), 903-918.
- Milner, H. (Enero de 1991). The Assumption of Anarchy in International Relations Theory: A Critique. *Review of International Studies*, 17(1), 67-85.
- North, D. (Junio de 1984). Government and the Cost of Exchange in History. *The Journal of Economic History*, 44(2), 255-264.
- North, D. (1993). *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. México DF, México: Fondo de Cultura Económica.
- North, D. (2005). *Understanding the Process of Economic Change*. New Jersey: Princeton University Press.
- Ostrom, E. (2011). *El gobierno de los bienes comunes* (2a en español ed.). México DF, México: Fondo de Cultura Económica.
- Ostrom, E. (2011). *El gobierno de los bienes comunes* (2a en español ed.). México DF, México: Fondo de Cultura Económica.
- Pauwelyn, J. (2008). *Optimal Protection of International Law: Navigating between European Absolutism and American Voluntarism*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Peters, G. (2003). *El nuevo institucionalismo: Teoría institucional en ciencia política*. Barcelona, España: Gedisa.
- Posner, R. (1985). Wealth maximization revisited. *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, 2, 85-105.
- Posner, R. (1986). *Economic Analysis of law* (3rd ed.). Boston: Little Brown.
- Posner, R. (1992). *Economic Analysis of Law* (4th en inglés ed.). Boston: Little, Brown and Company.

- Rasmussen, R. (2007). International commercial law. En A. Guzman, & A. Sykes, *Research Handbook in International Economic Law* (págs. 271-304). Cheltenham: Edward Elgar.
- Ress, G. (Marzo de 1994). Ex Ante Safeguards Against Ex Post Opportunism in International Treaties: Theory and Practice of International Public Law. *Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE)*, 150(1), 279-303.
- Roemer, A. (1994). *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. México DF, México: Fondo de Cultura Económica.
- Rubio, M. (2007). *Economía Jurídica* (Primera edición ed.). Bogotá, Colombia: Externado de Colombia.
- Saussier, S., & Masten, S. (tercer trimestre de 2000). Econometrics of Contracts : an Assessment of Developments in the Empirical Literature on Contracting . *Revue d'économie industrielle* , 92, 215-236.
- Shavell, S. (2004). *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge, EEUU: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Shelanski, H., & Klein, P. (Octubre de 1995). Empirical Research in Transaction Cost Economics: A Review and Assessment. *Journal of Law, Economics, & Organization*, 11(2), 335-361.
- Simon, H. (Febrero de 1955). A Behavioral Model of Rational Choice. *The Quarterly Journal of Economics*, 69(1), 99-118.
- Snidal, D. (Diciembre de 1985). Coordination versus Prisoners' Dilemma: Implications for International Cooperation and Regimes. *The American Political Science Review*, 79(4), 923-942.
- Snidal, D. (1995). International political economy approaches to international institutions. En J. Bhandari, & A. (. Sykes, *Economic dimensions in international law : comparative and empirical perspectives* (págs. 477-512). New York: Cambridge University Press.
- Steinberg, R. (2007). Power and cooperation in international environmental law. En A. Guzman, & A. Sykes, *Research Handbook in International Economic Law* (págs. 485-532). Cheltenham, UK: Edward Elgar.
- Stephan III, P. (1995). Barbarians Inside the Gate: Public Choice Theory and International Economic Law. *American University Journal of International Law and Policy*, 10, 748-754.
- Sykes, A. (1999). International Trade. En B. Bouckaert, & G. De Geest, *Encyclopedia of Law and Economics* (págs. 1114-1132). Ghent: University of Ghent.
- Thirlway, H. (2010). The sources of international law. En M. Evans, *International Law* (págs. 95-121). New York: Oxford University Press.
- Trachtman, J. (1996). The theory of the firm and the theory of the international economic organization: Toward Comparative Institutional Analysis. *Northwestern Journal of International Law & Business*, 17, 470-555.
- Trachtman, J. (2008). *The economic structure of international law*. Cambridge: Harvard University Press.
- Wagner, H. (Junio de 1983). The Theory of Games and the Problem of International Cooperation. *The American Political Science Review*, 77(2), 330-346.
- Williamson, O. (Octubre de 1979). Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations. *Journal of Law and Economics*, 22(2), 233-261.

- Williamson, O. (Septiembre de 1983). Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange. *The American Economic Review*, 73(4), 519-540.
- Williamson, O. (1985). *Las instituciones económicas del capitalismo*. México DF, México: Fondo de Cultura Económica.
- Williamson, O. (1996a). La lógica de la organización económica. En O. Williamson, & S. Winter, *La naturaleza de la empresa: Orígenes, evolución y desarrollo* (págs. 126-162). México DF, México: Fondo de Cultura Económica.
- Williamson, O. (1996b). Revisiting Legal Realism: The Law, Economics, and Organization Perspective. En S. Medema, *Coasean Economics Law and Economics and the New Institutional Economics* (págs. 119-159). New York: Springer Science+Business Media.
- Williamson, O. (1996c). *The mechanisms of governance*. New York: Oxford University Press.
- Williamson, O. (Mayo de 2005). The Economics of Governance. *The American Economic Review*, 95(2), 1-18.
- Zerbe, R., & Medema, S. (1997). Ronald Coase, the British Tradition, and the Future of Economic Method. En S. Medema, *Coasean economics : law and economics and the new institutional economics* (págs. 229-238). New York: Springer Science+Business Media.