

ELEMENTOS PRIMARIOS DE LA TEORÍA DE LOS PRECIOS Y SU APLICACIÓN AL DERECHO: ALGUNAS CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Eduardo Stordeur (h)

Introducción.

Toda teoría, en el sentido de un cuerpo más o menos sistemático capaz de explicar diversos fenómenos comunes a un universo particular o segmentado de la realidad, contiene elementos primarios o primeros principios que no sólo constituyen la nomenclatura esencial de la misma, sino puntos de partida de los cuales los demás principios son derivados. Elementos primarios, en este sentido, son principios, conceptos o categorías primigenias que no pueden ser “disueltas” o reducidas a otras más básicas, al menos dentro del contexto o de la *finalidad* de la teoría.

Desde algunas décadas se ha desarrollado con fuerza la amplia y heterogénea corriente de investigación o escuela denominada “Análisis Económico del Derecho” o “Derecho y Economía” que tiene como nota esencial la aplicación de la teoría de los precios (o microeconomía) al derecho, sea con la finalidad de explicarlo, anticipar consecuencias de la vigencia y efectiva aplicación de determinadas instituciones legales o bien con el fin (algo más complejo) de sugerir cambios sobre la idea de que el derecho *debe* perseguir resultados eficientes (análisis económico “normativo”).

Para muchos el enfoque económico del derecho representa un avance importante tanto en el ámbito de la investigación jurídica como económica. La economía es después de todo, para el paradigma positivista vigente, una disciplina desde el punto de vista metodológico menos compleja que el derecho: es descriptiva y evita así el problema del “deber ser” (al menos en economía descriptiva)¹; tendría posibilidades, aunque limitadas, de efectuar experimentos

¹ Es importante recordar que, al menos desde Keynes en adelante, se distingue también la economía normativa que tiene como finalidad *prescribir* modificaciones o cambios institucionales y no sólo *describir*, como en la versión positiva de la disciplina, siendo su fenómeno más amplio la denominada “economía del bienestar” que tiene antecedentes reconocibles y aceptados tan amplios, al menos, como los trabajos de A.C Pigou sobre el “Costo Social”. Tal distinción tiene, desde luego, vastas implicancias no sólo epistemológicas sino además en terreno de la economía aplicada al derecho. Y quizá, ya en esta última, la pregunta fundamental sea: ¿es la eficiencia un buen fundamento para las instituciones? (con todas sus implicancias). En efecto, más allá de que es indudable la posibilidad de que recomendar cambios a la legislación sobre la base de la eficiencia (aunque reservando finalmente tal cuestión a la filosofía del derecho o la política) y que esto ingresa ya en el complejo ámbito de la normatividad, hay autores que han extremado la posición sugiriendo que el fundamento mismo del derecho es y debe ser maximizar la riqueza social u otra forma o idea de eficiencia en el ámbito institucional, tales como por ejemplo, Posner, Tullock y Demsetz. Para una clásica defensa de Posner de la “maximización de la riqueza social” como fundamento del marco jurídico, “Utilitarismo, Economía y Teoría del Derecho”. *Estudios Públicos* 69., Centro de Estudios Públicos. Chile. 1998. Pág. 207 y ss. En cuanto a los problemas derivados del “deber ser”, hacemos alusión al clásico problema, señalado originariamente por Hume, referida a la aparente imposibilidad o dificultad de derivar conclusiones normativas de premisas descriptivas. Frente a esto, muchos han considerado que no es posible referir a “verdad” o “falsedad” en el ámbito de las disciplinas normativas (aunque constituye objeto de polémica).

sobre bases más o menos controladas² y permitiría corroborar o refutar hipótesis por medios empíricos, entre otras ventajas derivadas de su carácter descriptivo (aunque parece evidente que de un modo muy distinto al que opera en las “más duras” de las ciencias naturales).

Tampoco hay, al menos en forma sistemática y aceptada, dudas respecto a la validez universal de sus postulados, al menos desde el célebre debate entre Menger y la Escuela Histórica Alemana del siglo XIX. Por su parte, el viejo institucionalismo americano de Veblen que negaba tal posibilidad convocando a un análisis más casuístico e institucional, ha quedado definitivamente desacreditado en tanto no ofrecía teoría alternativa a la ortodoxa, destacándose, sí, su aporte en tanto antecedente del nuevo institucionalismo (North, Williamson, etc.)³

Para el enfoque positivista predominante, además (que no comparto) la amplia utilización de las matemáticas en economía, las estadísticas y el desarrollo de la econometría implicarían ventajas considerables, las que serían muy limitadas en el caso del derecho.⁴ Por demás, la economía no ofrece tantas dudas respecto al objeto mismo de la disciplina, lo que sí sucede en el caso más complejo de los estudios legales.⁵

Quien, desde la economía, quizá ha expresado de manera más cruda el pobre status “científico” del derecho son Cooter y Ulen quienes manifiestan que la jurisprudencia nada ha avanzado desde la época de los romanos.⁶ Para estos autores, los abogados respondemos todavía a las mismas preguntas vigentes hace más de 2000 años con las mismas respuestas y con iguales poco satisfactorios resultados. La economía, sostienen, presta al derecho una teoría de la acción, más concretamente una teoría de la respuesta de los individuos (en tanto agentes económicos) al cambio de la reglas jurídicas.⁷

En este sentido, el presente trabajo puede considerarse como una nota introductoria que, lejos de indagar seriamente en problemas epistemológicos, busca identificar y explicar cómo

² Testimonio de esto es el trabajo del último premio Nóbel en economía, Vernon L. Smith, y sus trabajos en economía experimental, desde la cual habría podido validar por medios experimentales muchos de los principios más aceptados en economía. Véase su página en el Departamento de Economía de George Mason University. (www.gmu.edu/departaments/economics/facultybios/Smith). Igualmente, como es sabido, aplicando teoría de los juegos, aunque sobre bases algo cuestionables quizá, sea han practicado “experimentos” en economía, aunque según Bunge (véase *Las Ciencias Sociales en Discusión*, capítulo correspondiente a Teoría de los Juegos) sugestivamente con mayor éxito con los animales.

³ Véase, para el célebre debate, Juan Carlos Cachanosky, *Historia de las Teorías del Valor II*. Para una introducción al viejo institucionalismo, al nuevo institucionalismo o economía neoinstitucional, e igualmente para una explicación muy básica de las nuevas corrientes económicas, véase, A Schuller y G. Krusselberg (editores), *Conceptos Básicos sobre el Orden Económico*, Fundación Konrad Adenauer – Unión Editorial, 1991, Madrid, en particular desde la pág. 162 a la 212.

⁴ No obstante, cabe la aclaración, para muchos, la aplicación de la matemática en economía tiene sus problemas. Véase, por ejemplo, Alberto Benegas Lynch (h), *Fundamentos de Análisis Económico*, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, Argentina. 1996. Cap. I. Para un trabajo exhaustivo sobre los problemas de la economía matemática, véase, Juan Carlos Cachanosky, “La ciencia económica vs. la economía matemática” en *Libertas n° 3 y n° 4*, de Octubre de 1985, ESEADE, Buenos Aires, Argentina.

⁵ Cuál es el objeto del derecho: normas, valores, conductas ?. Creo, como Carlos S Nino ha señalado, hay varios estudios paralelos que se atribuyen el carácter de jurídicos que, en realidad, operan sobre diversos objetos.

⁶ Cooter y Ulen, *Derecho y Economía*, EFE, México, 1998, cap. I.

⁷ Cooter y Ulen, *Derecho y Economía*, op.cit. Cap. I.

operan, siguiendo a algunos autores, los elementos primarios o primeros principios de la teoría económica aplicada al derecho (teoría de los precios) en un desarrollo que por su finalidad y características representa solamente una indagación muy preliminar sobre la materia.

En efecto, lejos de examinar complejos problemas epistemológicos en economía que exceden nuestros propósitos (y campo de especialidad) esta monografía tiene por finalidad sistematizar y establecer orden en la utilización más frecuente y usual de la teoría de los precios al derecho en su versión más ortodoxa y extendida, que se corresponde de modo más o menos próximo con él generalmente denominado paradigma neoclásico.⁸

Más concretamente –y sin que ello implique conformidad del autor con relación a estas definiciones- el análisis se centra en la más aceptada definición de economía, la de Robbins, y examina los primeros postulados del AED en la tan acreditada y difundida versión de Posner tal y como está expuesta en su conocido y muy utilizado *Economic Analysis of Law*. En este sentido, una de las propuestas de este trabajo es que la categorización que examinamos, tanto Posner como algunos de los autores que siguen un esquema similar, han dejado de lado precisamente aquello que constituye el elemento esencial de la economía institucional y de la economía aplicada al derecho: las instituciones y el derecho, elementos sin los cuales, por otra parte, no son siquiera posible explicar varios de los presupuestos utilizados, en tanto constituyen categorías derivadas. Finalmente se introducen algunas consideraciones acerca de cómo otras teorías alternativas (en particular, la Escuela Austriaca de Economía) dan cuenta de algunos de los problemas que entrevemos en la clasificación bajo análisis.

A esos fines, el trabajo se organiza del siguiente modo: **a)** una introducción a los orígenes del AED, en tanto supone la extensión de la idea del “homo oeconomicus” uno de los supuestos básicos (quizá central del razonamiento económico) al ámbito del derecho. **b)** un examen escueto del concepto de “homo oeconomicus” y su aplicación al derecho. **c)** conceptos derivados del “homo oeconomicus” pero también considerados primarios. **d)** ilustración por medio de un caso muy básico pero suficientemente ilustrativo. Finalmente, el trabajo cierra con algunas consideraciones personales sobre la temática aquí examinada.

a- El antecedente del Análisis Económico del Derecho: “la nueva economía”.

Aproximadamente durante la década del 60, a partir de innovadores trabajos de autores como Ronald Coase, Gary S. Becker, James Buchanan, entre otros, comienza a tomar cuerpo un movimiento intelectual de creciente importancia en el mundo académico contemporáneo que Henri Lapage ha denominado, dada las dificultades de definir una corriente de tan vasto alcance, “nueva economía”⁹. La nota esencial o característica de este fenómeno capital dentro de la ciencia económica es el uso más o menos generalizado del método y principios de la

⁸ No hay “una teoría neoclásica” sino que constituye una meta teoría a la cual algunos economistas son más o menos fieles según su adhesión relativa a los postulados del modelo de competencia perfecta.

⁹ Henri Lapage, *Mañana el Capitalismo*, Alianza Editorial, 1979. Cap. I. En general este libro es una prolija introducción a las figuras y escuelas que conforman este movimiento intelectual.

ciencia económica para el estudio de conductas ajenas a la producción y distribución de bienes y servicios, es decir, para el estudio de la conducta humana en ámbitos extra mercado o, en otros términos el uso del enfoque económico para el análisis de ámbitos antes considerados ajenos a la economía bajo la idea de que allí donde hay elección entre medios escasos para fines múltiples hay materia para el examen económico, sin importar si está tiene por finalidad la compra o venta de bienes en el mercado o cualquier otra finalidad (votar, casarse, operar en el mercado negro o elegir entre diversas instituciones legales). La idea esencial, es que la economía no es la ciencia “de dinero” o de las “cosas o bienes”, sino la ciencia de la elección, conforme la clásica definición de Lionel Robbins, razón por la cual sería extensiva a todas las áreas de la conducta humana. En otras palabras la idea de que allí donde hay acto humano deliberado hay elección y en consecuencia son aplicables las categorías de análisis propias de la economía, sin importar la motivación o las preferencias específicas del actor.

Gary S. Becker, pionero en esta materia, explica el fenómeno expansionista de la ciencia económica, diciendo que “la ciencia económica esta ingresando en una tercera era. Durante la primera se consideraba que la economía se limitaba al estudio de los mecanismos de producción y de consumo de bienes materiales, y que no iba más lejos (la teoría tradicional de los mercados). En un segundo momento, el campo de teoría económica fue ampliando al estudio del conjunto de los fenómenos *mercantiles*, es decir, a los que daban lugar a una relación de intercambio monetario. En la actualidad, el campo del análisis económico se extiende al *conjunto de las conductas humanas* y de las decisiones correspondientes. No es el carácter mercantil o material del problema lo que define a la economía, sino la naturaleza misma de este; toda cuestión que plantee un problema de asignación de recursos y de opciones en el marco de una situación de escasez caracterizada por el enfrentamiento de objetivos alternativos, pertenece a la economía y puede ser estudiado por el Análisis Económico”¹⁰.

¹⁰ Henri Lapage, *Mañana el Capitalismo*, Alianza Editorial, 1979, pág. 21. La idea de que la economía es esencialmente una disciplina que tiene por campo de estudio un ámbito esencialmente más extenso que el definido por las transacciones de mercado, no es ciertamente nueva y precede, con mucho, a los aportes de la denominada Escuela de Chicago. En este sentido, uno de los pioneros en destacar la naturaleza del problema económico en cuanto a su ámbito y alcance fue el economista austriaco Ludwig Von Mises al señalar que el ámbito de la ciencia económica era el ámbito de la acción humana deliberada. Actuar significa, para Mises, pasar de una situación que el agente *ex ante* estima superior en términos a su escala valorativa abandonando aquella que estima inferior. Actuar en este sentido involucra un intercambio de valores presente en el propio accionar; intercambio o elección de valores que se desarrolla más allá de que dicho acto opere en el mercado, en tanto toda acción tiene un costo (aquello que hubiese realizado en segundo término en caso de no haber emprendido la acción), un ingreso (el valor, bien o posición que percibo), un precio (la relación entre el coste y el ingreso), etc. En suma toda elección es por definición económica, en razón de la esencia misma del actuar humano. De este modo, el mercado queda definido en términos del pensamiento de Mises a un reducido número de intercambios donde el precio se expresa monetariamente denominado mercado o “cataláctica”. La economía, o praxeología (teoría general de la acción humana) por el contrario abarca la totalidad de las acciones deliberadas donde necesariamente el hombre esta constreñido a elegir sobre la base de medios escasos para fines múltiples y donde las nociones de básicas de la economía como costes, ingreso, precio, medios, etc., están necesariamente presentes. Mises explica que: “mientras el estudio de la producción y distribución de la riqueza fue considerado como el objeto del análisis económico, se tenía que distinguir entre las acciones humanas económicas y las no económicas. Por tanto, la economía aparecía como una rama del conocimiento que se ocupaba sólo de un segmento de la acción humana. Fuera de este campo existían acciones sobre las que el economista no tenía nada que decir. Precisamente el hecho de que los precursores de la nueva ciencia no se ocuparan de los a su modo de ver constituían actividades extraeconómicas, hizo que lo no economistas subestimaran esta ciencia

En la actualidad, muchos economistas han destacado el papel más amplio que cabe a la economía en los estudios sociales y muchos de los autores que se inscriben en la NE, han desarrollado importantes aportes en el pensamiento económico, tales como D.North, G. S. Becker, J.M. Buchanan, D.Coase quienes han obtenido el premio Nobel de Economía. Este último autor, en apretada síntesis, en relación al ámbito de la economía, señala que: “en la actualidad, la opinión más aceptada sobre la naturaleza de la economía es la expresada en la definición de Robbins: Economía es la ciencia que estudia el comportamiento humano como una relación entre fines y medios escasos con usos alternativos. Esta definición hace de la economía la ciencia de las elecciones humanas. En la práctica, casi todos los economistas, incluido Robbins, restringen su trabajo a un conjunto de opciones más reducido del que sugería esta definición. Recientemente si embargo Becker a argumentado que el punto de vista de Robbins no tiene por que restringirse y que el enfoque económico, como él lo expresa, puede y debe ser aplicado de forma más general en todas las ciencias sociales”¹¹.

El fundamento de la extensión del objeto de estudio de la economía a ámbitos ajenos al mercado, es la consideración de que los supuestos primeros de la ciencia económica están presentes en toda acción sin importar la finalidad de la misma. En este contexto, el aspecto medular de este cuerpo teórico es el principio maximizador (u homo oeconomicus), clásico principio de la teoría de los precios, el que en principio y más allá de las diversas formulas (que varían de escuela en escuela y hasta de autor en autor), puede sintetizarse en términos a que el hombre actúa con la finalidad de obtener mayores utilidades, bienestar o valor. Y si lo que motiva al actuar humano es la búsqueda de mayores utilidades o bienestar, entonces, toda actividad humana donde haya elección resulta atravesada por esa constante, más allá de que se trate de elecciones que operan en el mercado de bienes y servicios o de aquellas no directamente relacionadas con los intercambios que caracterizan y constituyen el mercado y, entonces, toda regla de comportamiento afecta los incentivos y pueden ser estudiadas desde esta perspectiva o enfoque. Tanto cuando los individuos realizan operaciones en el mercado, cuando vota en las elecciones, o debe optar entre cumplir una ley o no cumplirla, o bien un burócrata frente las decisiones que ocupan su labor diaria, la teoría supone que el actor siempre está finalmente intentando maximizar su utilidad o bienestar, en términos más simplificados obtener su fines a menores costes posibles.

La suposición básica de que el hombre actúa a fines de maximizar su utilidad permite desarrollar una teoría de la conducta humana que si bien muchos han cuestionado generando un cuerpo de literatura que no podemos tratar en este trabajo, implica, según otros, un poderoso instrumento para el estudio de la conducta humana. De este principio fundamental derivan principios básicos de la teoría económica trasladables a la conducta humana en general, como la relación inversa entre precio y cantidad (ley de demanda), la ley de oferta,

considerándola como una insolente parcialidad sustentada en el puro materialismo. Las cosas son diferentes para el economista moderno con su teoría subjetiva del valor. En este contexto, la distinción entre fines económicos y los alegados fines no económicos carece por completo de sentido. Los juicios de valor de los individuos en modo alguno se circunscriben a expresar sus deseos por obtener bienes materiales, sino que expresan sus deseos respecto de toda acción humana.”. Alberto Benegas Lynch, *Fundamentos de Análisis Económico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina.

¹¹ Ronald Coase, *El mercado, la empresa, y la ley*, Alianza Editorial, 1999, Madrid, pág. 21.

precio alternativo, precios sombra, y otros principios que son la base misma de la teoría económica, instrumentos que permiten analizar cualquier conducta humana desde el enfoque maximizador, las que vamos a desarrollar en el punto (c) de este trabajo.

b- El núcleo de la teoría: el “homo oeconomicus”. Los elementos primarios en la definición de Robbins.

Según la clásica definición de Robbins, “la economía es la ciencia que estudia la conducta humana como relación entre unos fines jerarquizados y unos medios escasos, susceptibles de usos alternativos”. La descomposición analítica de esta definición –señala J. Corona – descubre tres conceptos básicos “como elementos integradores de la economía”.¹² En primer lugar las necesidades, deseos o fines, los cuales son ilimitados y susceptibles de ser jerarquizados por el actor o agente económico. En segundo, señala este autor, los medios o recursos que resultan forzosamente limitados con relación a los primeros. En tercer lugar y en razón de los anteriores, la elección humana entre medios limitados para fines ilimitados.¹³

Un vez que tenemos estos tres elementos, surge la idea del homo oeconomicus: la idea de un criterio de racionalidad a partir del cual los individuos discriminan entre medios y fines, precisamente dada la condición de escasez. Racionalidad que por cierto es *instrumental* y no material: es decir no importa si los medios son adecuados a los fines (ej. bailar para que llueva). La idea, en suma, es que lo hacen con la finalidad de maximizar su propio bienestar, utilidad, valor, renta, o preferencias, según el modelo utilizado que tiene diversas expresiones de autor en autor.

En efecto, no hay un solo criterio acerca del *homo oeconomicus*, ya que el criterio maximizador varía según el autor y hay concepciones más abiertas del mismo mientras que otras más cerradas según el tipo de preferencias que son tomadas en cuenta (monetarias, no monetarias, etc.).

James M. Buchanan, por ejemplo, señala tres concepciones de homo oeconomicus: **a-** la idea de que los individuos maximizan su propia utilidad y en términos de bienes materiales. **b-** la idea de que hay otros no monetarios pero que los monetarios se integran en el “margen” afectando las decisiones del agente de modo que siempre son relevantes. **c-** HO en la idea de que la gente maximiza utilidad sean o no rentas monetarias.

La última, por cierto, parece más realista, no sólo explica mejor que la segunda (la primera sencillamente no lo explica) las conductas benevolentes, sino que, además, parece más consistente con nuestras intuiciones más básicas, pero al operar con un modelo amplio o abierto de HO probablemente se pierde en precisión en tanto el modelo permite que ingresen muchos tipos de preferencias. Seguramente, además, siempre que consideremos la capacidad de efectuar predicciones –tal como lo hace el positivismo- parece evidente que en tanto más laxo y amplio el modelo de HO más compleja será esa tarea.

¹² Juan F. Corona, “Homo oeconomicus: “El eslabón perdido”, *Economía en Broma y en Serio*. Minerva Ediciones, 1995.

¹³ Corona, op.cit p. 14.

El primero, más cerrado y sólo limitado a rentas monetarias, parece poco realista, pero para algunos podría implicar un modelo más sólido para predecir o anticipar conductas al restringir el tipo de preferencias que son tomadas en cuenta en el análisis.¹⁴ No obstante, parece, también podría llevar a problemas al desconocer la evidencia de que no solo las rentas monetarias afectan las decisiones humanas.¹⁵

Entiendo que los diversos usos dependen, en buena medida de la posición epistemológica del analista: quien considere que el HO (o mejor, alguna tendencia a maximizar valor) es una categoría real de la conducta humana –como por ejemplo, con diferencias, Mises, Rothbard, Block¹⁶ etc.- seguramente –aún a costas de una posible pérdida en poder predictivo –preferirán operar con supuestos reales en tanto el principio “forma parte de la realidad” del fenómeno económico, al menos tal y como se presenta. En cambio, para quienes consideran que se trata de un modelo simplemente útil para predecir conductas y comprender el modo en que los agentes económicos toman decisiones y operan en diversos mercados, el modelo de HO a utilizar puede variar según el fenómeno estudiado (ej. no es lo mismo estudiar el mercado del seguro que la práctica religiosa, donde en el primero seguramente hay elementos pecuniarios más marcados que en el segundo) y según la capacidad explicativa de cada cual.¹⁷ Claramente, en este último caso, sería siempre conveniente que el autor tuviese en cuenta los problemas e imprecisiones que puedan derivarse del uso más o menos estricto de un “modelo” en particular, en tanto un modelo, por definición, implica una simplificación tal de la realidad que en muchos casos puede afectar la validez de las conclusiones y –para el enfoque positivista- de las eventuales predicciones.

Igualmente, parece evidente que si la idea es aplicar el principio maximizador a ámbitos no mercantiles, como en el caso del derecho, será necesario, en muchos casos, dejar de lado el enfoque restrictivo del HO para operar con criterios más amplios, ya que en muchos casos no operan precios monetarios en los supuestos examinados. Tal por ejemplo, la idea extendida en el AED, de que alguien es responsable si su costo de prevención (B) es menor o igual a la posibilidad de que ocurra el incidente dañoso (P) por la cuantía esperada del mismo (L).

¹⁴ Buchanan por ejemplo prefiere restringir el uso de la tercera de las categorías. Véase, JM Buchanan, “The qualities of a natural economist” , en C. Rowley, *Democracy and Public Choice*, Basil Blackwell, 1989, p. 9-19.

¹⁵ Véase, por ejemplo, el enfoque de L. Von Mises, *La Acción Humana.. Tratado de Economía*. Unión Editorial. Op.cit. Cap. I.

¹⁶ Los autores de la Escuela Austríaca no apelan, en sentido estricto, a un principio maximizador del tipo HO de la economía tradicional. De modo que sólo en un sentido muy amplio, el que estamos utilizando, puede hacerse referencia “al HO de los austríacos”, y en tanto hay en su “teoría de la acción” una descripción del modo en el cual los individuos persiguen pasar a situaciones que valoran o estiman más, siempre desde su subjetiva y ordinal escala de valores. Véase, por ejemplo, Gabriel J. Zanotti, “Caminos Abiertos” y “Caminos Abiertos II”, *Libertas* n° 25 y 26, respectivamente, de 1996 y 1997, ESEADE.

¹⁷ Véase , Mises, op.cit. Cap. I. Igualmente, Murray N. Rothbard, *Man, Economy and State. A Teatrise on Economics Principles*, Auburn University, Alabama, 1993. p. 1-66. También, del mismo autor, Murray N. Rothbard, “Hacia una reconstrucción de la utilidad y de la economía del bienestar”, *Libertas* n° 6, ESEADE, 1987. Para Milton Friedman y la mayoría de los economistas positivistas se trata de modelos que explican el accionar del hombre en términos a “*como si*” , importando más que la realidad de los modelos la capacidad predictiva de estos según los cánones aceptados de la ciencia contemporánea. Véase, por ejemplo, la explicación de José Ramón Cossio Díaz al respecto, en *Derecho y Análisis Económico*, ITAM y EFE, México, 1997, p. 219 y ss.

Claramente, en la mayoría de la hipótesis donde podemos aplicar la regla de “hand” (Juez quien primero aplicó el principio en el derecho americano) solamente tendremos disponible en forma monetaria L y siempre a posteriori del incidente, ya que los precios de mercado no son un dato constante sino una expresión de siempre cambiantes valoraciones. Esto aún cuando, como es sabido, se han trabajado “criterios de sustitución” como el muy conocido de Becker, parece muy probable, por más refinados que sean esos instrumentos, una pérdida importante de significado y precisión cuando se pretende comparar renta monetaria con no monetaria, a lo que habría que agregar, además, los conocidos problemas generales de medición existentes en materia de preferencias si es que vamos a aplicar economía (y esa es la idea del AED) a situaciones donde operan varios individuos.

Otro aspecto que vale la pena considerar es la finalidad con la cual se utilice la teoría económica: claramente, en terreno positivo, la admisibilidad de modelos que incluyan (como el modelo de competencia perfecta neoclásico) supuestos poco reales, podrán ser, eventualmente, evaluados según la correspondencia con la realidad y, particularmente, el mayor o menor grado de precisión de las predicciones (si, como se piensa usualmente, esto es posible). Diferente es el caso, cuando se intenta postular, desde la economía “normativa” (AED normativo), modificaciones sobre la base de la eficiencia: allí no hay un mecanismo que “demuestre” que tal o cual resultado “eficiente” es *per se* admisible moralmente, salvo que estemos dispuestos a admitir (como de hecho los han propuestos conocidos autores como Posner, Tullock, Demsetz, Palow y Shavell, entre otros) que alguna de las tantas formas de eficiencia (en particular Pareto o Kaldor Hicks) sea el fundamento mismo de la validez del sistema institucional, lo que, de hecho ha sido fuertemente cuestionado (tal el caso de Dworkin, Coleman, Rizzo, Veljanovsky, entre otros).¹⁸ Por demás, aún cuando dejemos de lado esta importante y fundamental objeción abierta a debate, entiendo que las complicaciones derivadas de la imposibilidad de efectuar comparaciones interpersonales de utilidad (en sus diversas versiones) y/o cálculos de bienestar y derivados, plantea dificultades adicionales (que desde luego no puedo revisar en este trabajo) que cualquier versión eficientista de las instituciones debe, al menos, intentar responder.¹⁹

El punto central es que la idea de HO es el núcleo central de la teoría económica, su principio operativo derivado de esos tres primeros componentes presentes en el concepto de economía en Robbins y, para muchos, motor de otros conceptos básicos (ya derivados en una especie de tercer orden) de la teoría de los precios en su aplicación al derecho.

Una vez asumido que el principio maximizador está presente en cualquier acción o elección humana, entonces, la teoría económica (que deriva fundamentalmente de este primer

¹⁸ Veáse los respectivos trabajos de Posner, Dworkin, Coleman, Rizzo en *Hoftra Law Review*, 1980. También, sólo para citar los trabajos más conocidos, el inicial debate entre Dworkin y Posner: Dworkin, ¿Es la riqueza un valor?, y Posner, “Teoría Legal..”, op.cit. en *Estudios Públicos, Chile.*, op.cit. Más actual es la defensa de Palow y Shavell en *Fairness vs. Welfare*, editado recientemente por la Universidad de Harvard. En cualquier buscador especializado pueden encontrarse, con relativa facilidad, la polémica que ha despertado la propuesta de estos autores que de alguna forma han renovado el debate, antes sostenido, principalmente por Posner y Dworkin (entre otros).

¹⁹ Se trata, en efecto, de un tema ineludible en economía normativa y que está presente en todos los trabajos sobre la materia. Una breve introducción en español, Hans – Bernd Schafer y Claus Ott, en *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*. Tecnos, 1991, Cap. II, p.63 y ss.

postulado) se supone aplicable a la totalidad de la conducta humana deliberada. Becker explica que “el enfoque económico no está circunscrito a los bienes materiales y a los deseos o ni siquiera al sector mercado. Los precios, ya sean precios monetarios de mercado o “precios sombra” imputados del sector ajeno al mercado, miden el coste de oportunidad de la utilización de recursos escasos y el enfoque económico, por su parte, predice la misma clase de respuesta para los precios “sombra” que para los precios de mercado.”²⁰

Por otra parte, parece evidente que el principio del hombre económico, como señala Becker, “no supone que las unidades de decisión sean necesariamente conscientes de sus esfuerzos para maximizar, o poder verbalizar, o de algún otro modo describir con talante informativo, las razones que hay para las pautas sistemáticas de sus comportamientos. Esto lo hace coherente con el énfasis que se le da al subconsciente en la moderna psicología y con la distinción que hace la sociología entre funciones manifiestas y funciones latentes (...)”²¹.

El análisis de Becker es paralelo – en un sentido- a la famosa analogía de Friedman entre la relación del conocimiento de la física por parte de los jugadores de billar y de economía por parte del hombre común que persigue maximizar su utilidad: los hombres no conocemos el proceso pero nos conducimos *como si* fuésemos maximizadores racionales de nuestra utilidad, del mismo modo que el jugador de billar no conoce tampoco física y domina, no obstante, la técnica necesaria para desempeñarse en tal actividad.²² Claramente, otras posturas (como la señalada de Rothbard, por ejemplo) supone que en “realidad” los hombres persiguen maximizar sus subjetivas preferencias, pero no es el caso analizar está hipótesis en este trabajo.

En el caso del derecho, la idea es simple: si el hombre es maximizador (o se postula el *como si*) de sus “utilidad” en todos los ámbitos de su vida, cabe suponer que las diferentes reglas jurídicas suponen premios y castigos, tanto implícitos como explícitos y podemos, a partir de la teoría de la acción (o mejor “de la elección”) concentrada en la idea de HO anticipar al menos algunas reacciones frente al cambio institucional. Posner, lo explica de la siguiente manera: “muchos abogados creen que la economía es el estudio de la inflación, el desempleo, los ciclos económicos y otros fenómenos macroeconómicos misteriosos, alejados de los intereses cotidianos del sistema legal”. En realidad , el campo de la economía es mucho más amplio. Tal como se entiende en este libro, la economía es la ciencia de la elección racional en mundo (nuestro mundo) donde los recursos son limitados en relación con las necesidades humanas, Así definida la economía, su tarea consiste en explorar las consecuencias del supuesto de que el hombre es un maximizador racional de sus fines en la vida...”²³.

Según el autor citado, entonces, de los supuestos de escasez, que puede disolverse en la existencia de medios limitados y fines múltiples y elección, tenemos una teoría de la acción humana descrita como HO. Sería interesante un trabajo de más largo aliento a los fines de identificar con mayor precisión como operan estos supuestos o postulados y la posible

²⁰ Ramón Febrero y Pedro Schuartz (editores), op.cit. pág. 54.

²¹ Ramón Febrero y Pedro Schuartz (editores), op.cit. pág. 55.

²² Véase, Juan F. Corona, op.cit. p. 22.

²³ Richard Posner, *Análisis Económico del Derecho*, op.cit., pág.

identificación de otros también necesarios para la aplicación de la teoría de los precios al derecho. Pero, regresemos al objetivo que nos hemos impuesto y examinemos ahora algunos de los principios de economía que serían derivados de HO, siguiendo, a esos fines, a Richard Posner y otros autores que hacen uso de igual o similar clasificación.

c- Otros supuestos derivados de HO.

Según Richard Posner del concepto básico del HO se derivan tres conceptos económicos básicos que son –como señala un autor – “a la vez tres conceptos básicos del análisis económico del derecho”: **a-** la relación inversa entre precio y cantidad demandada, es decir la ley de demanda; **b-** la idea de costo de oportunidad; y **c-** la tendencia de los recursos a gravitar en torno a su uso más valioso”.²⁴

La importancia de esta clasificación de Richard Posner se funda en el hecho de que, además de Posner, varios autores han adoptado idéntica o muy similar clasificación de lo que serían los primeros postulados de la economía aplicada al derecho.

Sólo como ejemplo, recurren a tal clasificación autores como, Pedro Mercado Pacheco, en su *El Análisis Económico del Derecho, una reconstrucción teórica*²⁵, Werner Hirsh, en su conocido y muy citado *Law and Economics: an Introductory Analysis*²⁶, así como en Andrés Roemer en *Introducción al Análisis Económico del Derecho*.²⁷ También, las consideraciones de José Ramón Cossío Díaz en su *Derecho y Análisis Económico* sigue las reflexiones de Posner.²⁸ Un examen bibliográfico más exhaustivo pondría de manifiesto la utilización amplia, aunque no excluyente, de este criterio clasificatorio.²⁹

²⁴ Véase, Richard Posner, *Análisis Económico del Derecho*, op.cit. p. También, Pedro Mercado Pacheco, *EL Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1994. p. 40 y ss. A partir del análisis posneriano, en general, otros autores, como el citado Mercado Pacheco identifican los mismos postulados.

²⁵ Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1994, p. 41.

²⁶ Academic Press, 2da. Edición, 1988, p.p. 4-5.

²⁷ Instituto Tecnológico Autónomo de México, Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística y Fondo de Cultura Económica. 1994, p. 14.

²⁸ ITAM, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 226 y ss.

²⁹ Sin embargo, desde luego, no es el único criterio y en tanto el *Law & Economics*, es fundamentalmente teoría macroeconómica aplicada al derecho, y por ello, para un estudio profundo sobre la materia habría que indagar en otros estudios más específicos sobre la materia. Por ejemplo, para autores como Hirshleifer y Blaug, del supuesto de racionalidad se siguen los siguientes postulados.

1) La perfecta posibilidad de sustituir bienes de modo tal que siempre sea posible obtener una canasta de bienes de la cual los individuos pueda obtener idéntica utilidad.

2) La misma idea de racionalidad en el sentido de que en tanto los individuos prefieren maximizar beneficios o utilidad, o minimizar costos, es posible prever una reacción a los cambios de los precios.

3) Que los individuos llevaran adelante una actividad cualquiera hasta tanto el costo marginal (es decir el costo asociado a producir una unidad adicional) sea igual al beneficio marginal (el beneficio derivado de la producción de esa unidad adicional). Conforme, Juan Torres López, *El análisis económico del derecho*, Panorama Doctrinal. Tecnos, Madrid, 1987, p. 31. También, en muchos casos, se suele citar las condiciones de Becker, y con ella la idea de costo de oportunidad y el supuesto de estabilidad de las preferencias de los individuos.

Conf. Juan Torres López, op.cit. p. 32.

Veamos, entonces, los principios que serán derivados del HO según esta extendida versión.

La ley de demanda supone que si hay un aumento del precio de un bien hay una disminución en la cantidad demandada y que, por el contrario, si hay una disminución del precio es de esperar –al menos como tendencia – un aumento de la cantidad demandada. Del mismo modo que así operan los agentes económicos en el mercado la economía aplicada al derecho supone que igual fenómeno sucede con precios no monetarios o “precios sombra” (concepto que bien podría señalarse como fundamental de la teoría económica extendida a ámbitos extra mercantiles:).³⁰

Un ejemplo es el análisis del comportamiento criminal, donde las penas, supone la teoría, operan como precios por la comisión del delito: es de esperar que frente a un aumento de las mismas haya menor demanda por tal tipo de actividades.

Un ejemplo simple y muy intuitivo sería la relación inversa entre copiar en un examen y el grado de severidad del profesor a cargo del curso. Las expectativas con relación al grado de severidad del castigo y las posibilidades de que ello ocurra implican la introducción de un “precio sombra” que opera, en el mercado de la “copiada”, de forma muy similar al precio de mercado. Si suponemos todas las demás constantes estables, y modificamos la variable profesor (de uno más severo a otro más indulgente y descuidado), entonces, es de esperar que haya mayor cantidad de candidatos a copiar en los exámenes (aumento de la demanda ante la reducción del “precio sombra”) Igualmente, si aumentamos los premios con relación a ciertas conductas es posible esperar (no predecir, estrictamente) que haya mayor oferta por ese tipo de actividad o elección.

En el “mercado del examen”, vemos que hay respuesta de los agentes económicos (los alumnos) a los “precios sombra” imputados a la actividad de copiar en el examen, análisis que es posible en razón de que asumimos que cada alumno quiere obtener el resultado final al menor costo posible.

Sin embargo parece conveniente tener en cuenta algunas limitaciones que en algunos casos pueden constituirse en restricciones severas al análisis. Para comenzar es conveniente tener presente la condición “ceteris paribus” que, como sabemos, es solamente un experimento

³⁰ Por qué no otras leyes o principios? Por qué no, por ejemplo, la ley de oferta?: después de todo las partes pueden también generar derecho por medios contractuales. Si bien en general se trabaja la oferta sobre la base de los costos, también parece evidente que dado que los hombres buscan, en el caso, maximizar los beneficios, en tanto HO, que motivo justifica la exclusión de este principio?. Igualmente la ley de demanda se explica por la ley de utilidad marginal decreciente que postula que a mayor cantidad de un mismo bien la utilidad del mismo decrece. Parece inclusive que la teoría del valor, es decir el modo en el cual las personas valoramos de hecho las cosas, sería previo quizá al postulado de HO. Sobre la evolución de la teoría de valor y el papel que la misma tiene para explicar el funcionamiento del precio de mercado, Véase. Juan Carlos Cachanosky: “Historia de las Teoría del Valor”, *Libertas*, ESEADE. Otra incógnita: ¿por qué necesariamente primero la ley de utilidad y no otros principios de economía que no son necesariamente dependientes ni derivados de estos, como la ley de rendimientos decrecientes, por ejemplo?. En otros términos, D (demanda) deriva de HO (Homo Oeconomicus), y L (cualquier ley, también y en forma directa, es decir sin depender de D), por que no L también junto a D. Tal es nuestro planteo con relación a la ley de oferta.

mental: otras variables pueden modificarse en la realidad y la descripción de la tendencia o “predicción” podría simplemente alterarse.

Además –para simplificar- no siempre los individuos son susceptibles al “tipo de precio” que tiene en cuenta el analista: un peatón, por ejemplo, tiene incentivos para cuidarse al cruzar la calle en forma no negligente no sólo por el hecho de que bajo un sistema de responsabilidad contributiva (donde ambas partes responden) podría ser parcial o totalmente responsable y no cobrar indemnización frente la hipótesis de un accidente de auto, sino además, por cuidar un activo de hecho muy importante: su propia integridad física; o bien un automovilista puede internalizar en mayor medida que los costos implícitos en un determinado tipo de responsabilidad (es decir pagar daños), el hecho de que no cargar con la culpa moral de dañar a otra persona por su accionar negligente. Se trata en efecto, de problemas relacionados con la dificultad de evaluar valoraciones humanas y el uso a veces demasiado estrecho del HO, sólo limitado a costos y beneficios monetarios.³¹ Una aplicación estrecha del HO sólo limitado a costos y beneficios monetarios, parece dejar de lado elementos que bien podríamos suponer fundamentales en algunos contextos, como los mencionados para el caso del análisis de responsabilidad por accidentes; un HO muy amplio, sin embargo, podría (tal vez) llevarnos a integrar tal cantidad de preferencias (las que por demás son subjetivas y dinámicas, “estados mentales de los individuos”) que quizá nos llevarían a concluir en la enorme dificultad del análisis sobre aspectos normativos que, por muy complejos, exceden la capacidades explicativas del *Law & Economics* en su forma tradicional.

Para Posner, cualquier elección enfrenta, además del precio sombra, un coste alternativo (b), principio que determina la naturaleza esencialmente económica de la elección: cualquier decisión implica dejar de lado la segunda alternativa preferida por el actor, de modo que, necesariamente, toda acción humana tiene un costo, costo que es evaluado por el actor o individuo frente a cualquier actividad que desarrolle. Cabe agregar, que precisamente la reconocida –aunque no siempre aplicada- subjetividad de los costos e ingresos, los que se ven agravados en muchos casos de economía aplicada a mercados institucionales por la ausencia de precios, agrega dificultades adicionales a cualquier tentativa predictiva o explicativa sería de muchos fenómenos legales (de un modo en el cual no podemos extendernos ahora). Ciertamente, aún cuando, como es conocido, muchos de los autores que trabajan dentro del paradigma neoclásico (al cual no todos responden con igual fidelidad) la subjetividad de las valoraciones humanas, parece un hecho evidente que aún dentro del paradigma neoclásico debería ser tratado seriamente.³²

Pero la idea con la cual se opera es que “toda norma jurídica fija el precio, costo de oportunidad, del comportamiento que se ajuste a la norma o que se aleje de su cumplimiento.

³¹ En muchos casos, no obstante, ampliar el modelo de análisis puede implicar, cuanto menos, permitir el ingreso de tantas variables y posibles causas que pueden llevar el análisis, estimo, a terrenos más próximos al de la sociología (con la consecuente pérdida de poder explicativo). Igualmente, la utilización estrecha del HO –muy frecuente en AED, tampoco garantiza el éxito en tanto pueden quedar fuera del análisis elementos esenciales para comprender el fenómeno en cuestión.

³² Véase, por ejemplo, el caso de Cotter y Ullen: ambos, en su conocido tratado, reconocen la “subjetividad esencial” de las valoraciones, no obstante, luego, en sus desarrollos parecen al menos relativizar esta nota esencial de la valoración humana y consecuentemente de la acción (o la elección, para ponerlo en términos “neoclásicos).

El coste de comportarse de acuerdo a derecho es el coste de oportunidad de su posible violación, el coste de conducir prudentemente es la indemnización que en caso de producir daños en un accidente habría que pagar, el coste de oportunidad de adquirir un mercancía mediante un contrato es la pena que impondría en el caso de robarla..”³³ Este enfoque permite analizar todo problema jurídico desde el punto de vista de su costo de oportunidad e introduce el mecanismo de coste-beneficio como método para evaluar diferentes cursos de acción. Por ejemplo, cual es el costo alternativo de la prohibición vigente a la libertad de comercialización, tenencia y consumo de drogas?. Este enfoque nos obliga a analizar en competencia diversas soluciones a la vez que concientiza al analista de la existencia de costos por la decisión. Fundamentalmente, permite comprender la respuesta de los agentes económicos a los costos que impone la ley y que explican la utilización relativa de determinada norma frente a otras alternativas institucionales. De modo que podría interpretarse como una regla tanto para el analista como para el análisis mismo.

Señala Posner que otro de los postulados derivados del principio de HO es la idea de que (c) los recursos pasan a manos de quienes más los valoran, es decir se coloca en su uso más valioso. Es que si se supone que el Sr. A persigue maximizar su utilidad tomará aquellas decisiones tendientes a obtener al finalidad, de igual modo que lo hará B. Es de esperar que por medio de convenios el bien X, entonces, pase de las manos que menos lo valoran “A” a manos de quienes más lo valora “B” y en mutuo beneficio (ya que sí A cambio X por plata es por que, desde su estructura de preferencias, valora más el dinero que X).³⁴

Por mi parte, entiendo que este último punto requiere de otros conceptos previos en los cuales puede claramente disolverse, como la idea de intercambio (concepto que opera, de hecho, como base del análisis de buena parte de la escuela conocida como “neoinstitucionalistas”).

En efecto, sin el concepto de intercambio, no es posible pensar siquiera la tendencia del mercado de colocar los bienes en sus usos mas óptimos (idea, fuertemente ligada al óptimo de mercado y su correlativo institucional, el optimo de Pareto y de Kaldor-Hicks). Los bienes y servicios (o mejor, los derechos sobre ellos) solo pueden ser transmitidos por medio de transacciones.

En efecto, el concepto de Posner de que los bienes y servicios tienden se ubican allí donde son mas requeridos tiene correlato con diversos conceptos de eficiencia desarrollados en economía y en el AED (en tanto una subdisciplina de esta), pero la idea de transferencia de los bienes hacía algún estado de equilibrio no tiene sentido sin el concepto de transacción, sobre el cual el derecho, tradicionalmente, aunque a otros fines, se ha ocupado en extenso, y actualmente ocupa el centro de atención de una variante del AED, más concretamente, del neoinstitucionalismo.

No estoy postulando que el concepto de transacción constituya un elemento primario de la teoría de los precios en tanto aplicada al derecho (aunque parece evidente, ya que de otra forma, cual sería el objeto de estudio del AED que lo hace diferente de la microeconomía tradicional?), sino, simplemente, señalando que si estamos dispuestos a manejarnos con la tan

³³ Pedro Mercado Pacheco, op.cit. p. 42- 43.

³⁴ Posner, op.cit. p.

extendida explicación a que estamos haciendo referencia, criterios elementales de consistencia sugieren la necesidad de considerar este extremo institucional que es previo a varios de los postulados mencionados por estos autores en tanto los otros son conceptualmente derivados. ¿Como pensar en transferencias y ley de demanda, precio “sombra”, por ejemplo, sin intercambios?

Esto es claramente posible, aún a costa de realismo, en el modelo de competencia perfecta, en tanto se suponía que las transferencias operaban, por decirlo de una manera ya tradicional, en “un vacío institucional”, pero no parece plausible, atento el *contexto* y la *finalidad* de la teoría, dejar de lado este concepto en el ámbito del AED (a riesgo de perder la nota característica de la disciplina).

Por otra parte, la misma de idea de transacción, pone de manifiesto otra categoría fundamental sin la cual el AED sería simplemente teoría de los precios y no, propiamente, AED, y que además es necesaria para comprender la idea de transacción y otros postulados básicos del AED a que estamos haciendo referencia. Me refiero a los derechos de propiedad.

Conceptualmente, antes de cualquier intercambio es requisito la existencia de derechos de propiedad, tal como lo ha destacado, por ejemplo, la basta corriente de la economía aplicada al derecho del propiedad (autores como Cheng, Demsetz, Alchian, etc.). Sin derechos de propiedad y los intercambios, no es posible siquiera la idea de precio ni costo, ni demanda, ni intercambio, en otros términos, ninguno de los elementos o postulados fundamentales del AED, tal y como Posner -y otros autores- señalan. Sin la idea de derechos de propiedad (en cualquiera de sus formas) y la idea de intercambios, el AED pierde, además, su nota esencial y distintiva que le hace diferente de la teoría de los precios.

La referencia a intercambios y derechos de propiedad, precisamente, dan cuenta de aquellos elementos que el derecho introduce conformando la especialidad de la disciplina. Podemos suponer que la economía es la lupa y el derecho el mapa. Pero la especificidad propia del AED pone de manifiesto que no podemos dejar de lado ni los elementos que constituyen la lupa así como tampoco aquellos esenciales al mapa.

Sin embargo, la analogía del mapa y la lupa, creo, pone de manifiesto algo más que interesante y que debería ser ampliamente reconocido en AED, y es que los derechos de propiedad y las transacciones son parte de la lupa a la vez que del mapa y de ahí la complejidad del mundo social, aún cuando, como en el caso del AED, limitemos el análisis a aspectos jurídicos y económicos. En efecto, como hemos visto solamente puedo comprender conceptos como demanda, costo alternativo, etc. si previamente tengo noción de transacciones y derechos de propiedad (en cualquiera de sus formas, pero especialmente privada).

Por otra parte, sí, tal como es la idea, el AED supone principalmente -al menos entre sus funciones positivas más reconocidas- un análisis del impacto legal sobre la marcha del proceso económico (o su efecto sobre diversos mercados), entonces, un elemento esencial y primario es el mapa, esto es, el tipo de restricciones derivadas del derecho que están en capacidad de afectar las elecciones de la operadores de derecho *qua* agente económicos.

Además, entiendo que un trabajo más profundo nos llevaría a otros principios de teoría de los precios que derivados del HO, no son tenidos en cuenta por Posner (tales como la ley de oferta, de rendimiento decreciente, ley “de costos”, etc.) los que invariablemente están presente en los desarrollos más comunes de teoría económica aplicada al derecho, pero que quizá este autor no consideró su introducción como fundamentales, probablemente por la naturaleza no específica y relativamente introductoria de *Economic Analysis of Law*.

Vamos a revisar un caso simple a los fines de ilustrar cómo operan estos principios en un caso concreto. El planteo es ciertamente simple en razón de que los órganos humanos tienen precios de mercado (lo que excluye el problema de los precios sombra o testigos) y por demás se trata de una intervención a un mercado libre, hipótesis muy trabajada y que en él caso no difiere del análisis tradicional, pero que a la vez da cuenta del impacto legal sobre la marcha del proceso de mercado (o el equilibrio de mercado, para el enfoque neoclásico).

Siguiendo con las premisas de este trabajo preliminar, solamente voy a referir a los principios usualmente destacados en la clasificación bajo examen, poniendo énfasis en los aspectos institucionales a que hemos hecho referencia, en tanto, como se podrá observar, no podemos prescindir de ellos para utilizar categorías básicas en AED.

Otros trabajos de más largo aliento pueden trabajar de modo más profundo esta temática que sólo de modo muy introductorio y acotado estamos emprendiendo en esta muy breve monografía.

Un caso: el impedimento legal al comercio de órganos humanos.

A los fines de examinar brevemente como operan los postulados básicos de la teoría económica aplicada al derecho (en los límites y clasificación señaladas) vamos a tomar un caso simple a fines ilustrativos.

Sabemos que pesa una prohibición universal o casi universal sobre el comercio de órganos humanos y que una venta sobre los mismos sería lisa y llanamente un acto jurídico nulo de nulidad absoluta (es decir, de modo alguno subsanable por las partes) y no ejecutable por medio de la ley. Los mecanismos para transferir órganos de una persona a otra están sujetos a estrictos procedimientos y son administrados por órganos del estado. En el caso del derecho argentino son “objetos fuera del comercio” en los términos del art. 954 del Código Civil.

Dada la naturaleza de este trabajo no viene al caso detenerse demasiado en las estipulaciones del sistema para transferencia de órganos en la República Argentina y menos en la legislación comparada. Pero, como es sabido, la ley 24.193 que regula la actividad de donación y trasplante de órganos, prohíbe la venta de órganos y hasta prohíbe la realización de un trasplante de órganos provenientes de “seres vivos no relacionados”, siendo la forma de transferencia la donación de órganos en los supuestos y bajo los procedimientos que contempla la ley (véase los art. 19 y 20 del texto legal). En suma, se prevé la donación en vida

para después de la muerte del donante y la donación entre vivos cuando hay relación de parentesco conforme establece la ley (hasta cuarto grado).

A los fines relevantes en este trabajo, ciertamente A no puede vender a B un órgano (¿de su propiedad?).³⁵

Tal como emerge a simple vista, si vamos a considerar los efectos económicos de la ley, no podemos dejar de tomar como elemento analítico base el marco regulatorio (actual o hipotético) sobre el cual vamos, precisamente, a aplicar teoría de los precios, en tanto el mismo establece, restricciones o modos de transferencia de derechos. Simplemente, se trata del “mapa”, sin el cuál no hay AED, sino teoría de los precios.

Pero, sigamos con el análisis. La escasez, nos lleva directamente a interrogarnos : ¿son realmente objetos fuera del comercio?. Lejos del formalismo legal, el AED es una corriente realista del derecho: claramente el derecho en su forma tradicional puede utilizar la nomenclatura que quiera (seguramente refiere a que “deben ser” objetos fuera del comercio) pero en la práctica no lo son. Los órganos humanos son bienes escasos (y por lo tanto bienes económicos que tienen utilidad marginal) y por lo tanto tienen precio de mercado. De hecho hay tráfico de órganos y todo un mercado organizado a espaldas de la ley.³⁶

No solamente la escasez determina el problema económico, sino además la utilidad en tanto los bienes deben tener la capacidad de satisfacer necesidades de los individuos. Este extremo, que está presente en la descomposición de la definición de Robbins, está claramente probado en tanto hay demanda por órganos humanos y hasta mercados negros. Sabemos, además, que en efecto los recursos son limitados con relación a las necesidades. Podemos pasar, entonces, al elemento central, el principio operativo de la economía: el HO.

Como hemos señalado el AED supone que los individuos son maximizadores netos de su utilidad (en diversos sentidos) fórmula que puede resumirse en que perseguimos fines y que pretendemos obtenerlos a los costos más bajos posibles (los que son subjetivamente evaluados por los operadores de mercado o agentes económicos, nota, lamentablemente, no siempre tenida en cuenta en su real dimensión).

Así mismo, sabemos que el hombre reacciona a los precios de un modo relativamente predecible, en forma inversa a los mismos: sube la demanda cuando bajan los precios y baja cuando estos suben. Igualmente, podemos estimar, la operatividad de otros principios derivados que, *ex profeso*, dejamos fuera de los alcances de este trabajo (como la ley de oferta, etc.).

Del análisis que antecede, sabemos también que la ley tiene costos, y que son los costos alternativos los que determinan la necesidad metodológica de examinar los sistemas en

³⁵ Son notas características de la propiedad privada, desde el enfoque económico, la exclusión y transferibilidad. Esta idea está muy generalizada, pero véase, el clásico *Economic Analysis of Property Rights*, Cambridge University Press, 1997. p.3 y ss, de Yoram Barzel.

³⁶ Si bien la existencia de mercados negros de órganos humanos es más que conocida, véase la nota de la UNESCO en www.unesco.org/courier/2001-07/sp/doss34 .

competencia, a la vez que un instrumento para comprender las elecciones en determinados mercados. Es decir, examinar cuales son los costos de haber adoptado un sistema con relación a otro que podría ser adoptado en su reemplazo. En este sentido, entonces, parece evidente que la prohibición estatal implica –como vamos a desarrollar – mayores costos que un sistema de libre mercado.

Finalmente y con referencia al último de los postulados que destaca Posner, como vamos a desarrollar, parece evidente que si el Sr. A prefiere vender uno de sus pulmones al Sr. B, entonces, el libre juego de oferta y demanda implicaría que esté pasando a manos de B con beneficio mutuo. En efecto, supongamos que P (pulmón) vale \$ 15000 para A en el sentido que estaría dispuesto a desprenderse del mismo (en el sentido más literal del término) y que para B vale \$ 30.000 en el sentido no sólo de que lo desea tanto como \$ 30.000 (puede desearlo hasta cualquier monto) sino que puede pagar hasta \$ 30.000 y está dispuesto a hacerlo. Sabemos, por análisis económico elemental de los contratos que cuando mayor es la diferencia de valoraciones (en el caso \$ 15.000) mayores son los beneficios conjuntos. En el caso hay un excedente de la transacción de \$ 15.000 que será distribuida según la capacidad de negociación de cada cual. Si el precio de venta es de \$ 20.000, entonces A tiene un excedente de \$ 5000 (ya que para él bien tenía un valor de \$ 15.000) y B, \$ 10.000 ya que estaba dispuesto a pagar hasta \$ 30.000.

En el caso, un elemento importante, no hay efectos perjudiciales “claros” sobre terceros, al menos de manera directa: ninguna otra persona depende del pulmón de A. Tampoco, al menos en forma clara, alguna otra hipótesis de “falla de mercado”³⁷

Claramente, este ejemplo demuestra que la transacción y los derechos de propiedad son conceptos previos a la tendencia del mercado a llevar los derechos sobre los bienes y servicios a las manos más eficientes: sin la titularidad del pulmón, no hay transacción posible y sin intercambio (derivado a su vez del primero), tampoco hay, lógicamente, transferencia posible del recurso a manos de quien más lo valora.³⁸

Todos estos elementos se integran claramente (eso es el AED positivo) en un análisis del impacto legal que la legislación tiene sobre el método o mecanismo para intercambiar órganos humanos, un bien escaso y valorado en el mercado.

La teoría legal tradicional, en cambio, supone que hay determinados actos que están prohibidos en tanto una norma sancionada dentro de una estructura piramidal determinada en

³⁷ Ciertamente que, para ser exactos (ya que ninguna preferencia puede ser arbitrariamente excluida de la “utilidad”) un posible rechazo moral o antipatía por la medida debería considerarse un caso de externalidad difícilmente internalizable en tanto no hay precios testigos que hagan fácil identificar quienes se verían afectados. Pero parece evidente que este caso plantea de modo claro los problemas del concepto de “externalidad” como “falla de mercado”.

³⁸ El lector podría quizá arguir que también es condición un sinnumero de elementos y hasta la existencia de la técnica de trasplante mismo. Pero la diferencia es que derechos de propiedad y convenios son “parte” del análisis en tanto una modificación en los mismos implica, como sabemos muy bien gracias a la economía neoinstitucional, efectos determinados y específicos sobre el “proceso o mecanismo” de mercado. De modo que son relevantes para la “finalidad de la teoría” y además operan como requisitos más bien formales y necesarios, y no materiales (lo que nos llevaría una descomposición casi *ad infinitum*).

todos sus elementos (que hacen de la norma, una norma “jurídica”, siguiendo a Kelsen y otros positivistas) lo prohíbe asignándole una sanción para caso de incumplimiento.

En tanto la prohibición constituye un precio máximo de mercado (es decir un precio menor que el de mercado) genera una tendencia a una menor oferta de órganos lo que lleva a la existencia de un faltante artificial en el mercado: más gente que necesita órganos de los que están dispuestos a entregarlos gratuitamente por medio de los mecanismos previstos por la ley.

Veamos el siguiente cuadro de preferencias:

V 1: \$ 20.000.	C 1: \$ 100.000.
	C 2: \$ 80.000.
	C 3: \$ 60.000.
	C 4: \$ 40.000.
	C 5: \$ 18.000.
	C 6: \$ 10.000.

En la fila izquierda (para simplificar) está el único oferente de órganos. En la fila derecha se encolumnan en orden decreciente quienes demandan órganos. Claramente **C 5** y **C 6** no están en condiciones de realizar la operación ya que ofrecen menor cantidad de plata que la que pide **V 1**. Pero desde **C 4** hasta **C 1**, *todos* están en condiciones de adquirir el órgano ya que valoran más (y pueden pagarlo) que **V 1**. El precio de mercado no obstante debería ser uno que excluya a **C 2** ya que solo hay un órgano y es **C 1** quien mas ofrece: en otros términos el precio de mercado debería colocarse en \$ 80.001/\$ 100.000.

En otros términos, la existencia de un libre mercado permitiría que tanto **V 1** como **C 1** maximicen su utilidad.

Ahora bien, “dado” que tanto **V 1**, como **C 1** son maximizadores de utilidad, entonces, es de esperar las siguientes situaciones según las valorizaciones. Si tanto **V** como **C** tienen costos alternativos muy altos para recurrir al mercado negro paralelo (es decir incumplir la prohibición) entonces ninguno se verá favorecido por la transacción de mercado. En el caso de **C 1**, puede costarle la vida.

Pero para analizar eso es requisito previo aplicar la idea de precio sombra es decir la tesis de que las sanciones operan como precios. Cual es el precio (o costo alternativo, otro de los elementos primarios utilizados) de utilizar el mercado negro ?.

Ligeramente considerado el precio es la sanción y los componentes fundamentales de la misma son dos: - la posibilidad de que sea aplicada la misma (P). – la cuantía o severidad de la sanción subjetivamente valuada por quien practica la compraventa (L) .

Si para **V 1** o **C 1** PL y sus costos de información (no es fácil acceder a algunos mercados negros) y de transacción (no es fácil transar sobre esos bienes y menos garantizar cumplimientos), seguramente entre otros factores (como por ejemplo la culpa de violar la ley

que para muchas personas decentes es muy importante), entonces, la transacción no se lleva adelante. Si en cambio el costo de PL es menor que la valoración del órgano o el dinero (según sea A o B, respectivamente), entonces, ellos pueden llevar adelante la transacción pero con un aumento en el precio a favor de **V1** que, desde su perspectiva, cubra al menos sus riesgos expresados en PL.

Por las particularidades del caso y fundamentalmente de que los órganos tienen precio monetario (a diferencia de, por ejemplo, la copiada en el examen), PL, se expresa monetariamente. Si aplicamos iguales categorías al ejemplo de examen, donde no hay un mercado líquido para copiar –al menos en ese supuesto–, parece evidente, en esta instancia, que otro ausente de importancia en la clasificación típica y más frecuente de los postulados es el concepto de precio, más concretamente de precio “sombra” o no monetario, elemento esencial para analizar la conducta de los agentes maximizadores en los mercados.

Los riesgos de **C1** expresados en su PL, no importan ya que el precio mínimo de la operación, lógicamente, está planteado por el vendedor, aunque podría frustrar la operación, aunque la demanda de **C1** podría ser –dada la naturaleza del asunto– relativamente inelástica al precio (por tratarse de un bien básico como la salud).

En general el sistema funciona sobre la base de donaciones, de modo que los ingresos (tanto para las donaciones presentes como futuras, es decir después de muerto) operan ingresos de tipo no monetarios. Esto explica la existencia de donaciones efectivas realizadas y también la conveniencia de –si queremos una teoría de la acción consistente– aplicar HO en sentido amplio y no cerrado: pero es suponer un **V1** en \$ 200 y un **V2** en \$ 20.000. Tenemos **V1**, pero no **V2**, de modo que el faltante artificial se explica claramente en la imposibilidad de vender y comprar los órganos.

Este breve ejemplo llevado a casos reales de mercado, donde **V1** y **C1** puede ser una cantidad enorme de gente implica faltante artificial de órganos humanos consecuencia de los altos costos impuestos por la prohibición, a la vez que habilitan mercados negros cuyos costos deben compensar PL (la probabilidad y el riesgo de la sanción), elevando el precio de los mismos por arriba del precio hipotético de mercado.

Del ejemplo tratado puede observarse, en efecto, que:

- 1- La presencia de deseos o preferencias, medios limitados para fines múltiples y elección humana en contextos de escasez, elementos que están presentes en la definición de Robbins. El problema económico, en el caso, se plantea con toda evidencia en el caso de los órganos humanos, según sugiere la experiencia y la realidad de ciertos mercados negros, no son bienes libres sino que están afectados por las variables básicas del problema económico.
- 2- Que los hombres tienden a maximizar sus preferencias es decir que persiguen sus fines utilizando los medios más baratos posibles. **HO**. En este sentido sí no hubiese prohibición de comercializar con órganos, entonces, no tendría sentido, por ejemplo, la existencia de mercado negro. O en otros términos que los precios serían uniformes en

los mercados. Por igual motivo, que está presente en todo el desarrollo, que **V1** vende a **C1** y no, por ejemplo, a **C3** y menos aún a **C6**. etc. Todos sabemos esto, sí, ¿pero como?.³⁹

- 3- Que los individuos responden a las sanciones en forma relativamente análoga a como lo hacen con relación a los precios, es decir que la ley de demanda (y otras) operan en mercados institucionales. De ahí que el riesgo de operar y la cuantía de la sanción (PL) afectan el precio de los órganos en el mercado negro (que en el caso tiene forma monetaria, pero superior al de mercado).
- 4- Que cualquier decisión tiene costos alternativos, igual que cualquier solución legislativa los tiene. Tal la comparación entre un sistema donde sea libre comerciar con órganos y el análisis económico de **V1** y **C1** frente a la prohibición. El precio de la alternativa A es la alternativa B y viceversa, como parece evidente del ejemplo.
- 5- Que frente a la ausencia de restricciones de mercado los bienes se colocan en manos de quienes mas los valoran. Pero que para que funcione este aserto de Posner (que no es nada más que teoría económica mas que elemental aplicada al derecho) es requisito conceptual la existencia de *transacciones* y, su concepto previo, *derechos de propiedad*. Igualmente, la consideración de Posner parece suponer que necesariamente los bienes se transfieren a manos de quienes más los valoran lo que no es necesariamente cierto: **C2** podría valorar más el recurso y no contar con los medios. E, igualmente, otro hipotético comprador, llameémosle **C1 "h"** podría no haber "descubierto" la oportunidad de mercado. Conviene no operar (tal como se hace con frecuencia) con la idea de que la información es un bien gratuito en el mercado o que sí no lo es tiene precio o está "dada".

Lamentablemente, creo, el "*Law & Economics*" tradicional (que se relaciona, en general, con la denominada "Escuela de Chicago") se ha concentrado demasiado en los costos de transacción y en el análisis de equilibrio y relativamente poca atención a prestado a la función económica de los derechos de propiedad⁴⁰, no obstante que, como parece evidente de nuestro análisis y (más contundentemente) de los trabajos de autores como Alchian y Demsetz -entre otros- esta categoría básica del derecho (y de la economía) constituye un requisito esencial para comprender la economía y hasta el sistema de precios.

No es el caso ahora referir a cómo opera el neoinstitucionalismo o el enfoque institucional de la Escuela Austríaca de Economía, pero quizá estas consideraciones colaboren en algún sentido, aunque más no sea limitado, a poner de manifiesto la importancia del colocar el análisis económico "en el contexto institucional" y dejar quizá un poco de lado los análisis de

³⁹ Lo suponemos, lo vimos, lo deducimos, nos lo dijeron, lo conocemos por introspección o simplemente no podemos dejar de saberlo (etc.) ?. Esta pregunta atraviesa en forma "horizontal" todo edificio teórico, y en el caso, toda la teoría económica. Hay muchas explicaciones y (siguiendo autores fundacionales en la materia) tengo mi hipótesis favorita (algo débil) , pero no es el caso desarrollar esto ahora. Véase, Zanotti, op.cit.

⁴⁰ Vase en igual sentido, la opinion de Elisabeth Krecke, "Law and the market order: An Austrian Critique of the Economic Analysis of Law" . *Commentaries of Law and Economics: 1997 year book*. Edited by Robert Mc Gee. The Dumont Institute. USA. 1998. p. 88.

equilibrio que suponen, en general, que la economía opera en una especie de “vacío institucional”. Derechos de propiedad, transacciones y restricciones derivadas del marco legal, entre otros- constituyen elemento básico del análisis económico aplicado al derecho y su introducción permitiría dotar al análisis de mayor realismo y tener debidamente presente que las decisiones económicas se toman “en el marco” de restricciones institucionales.

Creo que el enfoque de Hayek, para algunos una versión del nuevo institucionalismo y para otros (idea que en principio acompaño) un antecedente del mismo (junto, curiosamente, al marxismo y al viejo institucionalismo)⁴¹, constituye un excelente ejemplo de análisis económico “en el terreno institucional y del terreno institucional” y que da cuenta de las observaciones que en este trabajo introducimos a la clasificación de Posner y otros autores.

Veamos telegráficamente y en forma absolutamente conjetural y solamente para establecer los puntos que estimo centrales de un futuro programa de investigación, el caso de la Escuela Austríaca de Economía, al menos en su versión ortodoxa⁴² y siempre en el marco de los límites de este trabajo; esto es, los postulados que hemos destacado en Posner y aquellos que hemos juzgado están necesariamente implícitos (suponiendo ahora algún grado de conocimiento del lector acerca de la EAE).⁴³

Entiendo que, en líneas muy generales: a) opera con una teoría de la acción más amplia que la teoría del homo oeconomicus en sentido ortodoxo, en tanto admite cualquier tipo de preferencias y no sólo aquellas que suponen ingresos materiales. Un trabajo de más largo aliento debería indagar las consecuencias de su utilización (entre otros muchos temas de importancia).⁴⁴ Quizá afectaría fundamentalmente las posibilidades predictivas, pero los “pattern predictions” de Hayek, creo, serían posibles –siempre dependiendo del *tipo de precios* que estén presentes en el “mercado” sujeto a análisis. De este principio de quedan implícitos además muchos aspectos que habría que indagar para un “law & Economics” desde el enfoque austríaco”, por ejemplo, la evidencia de que se opera fuera del criterio tradicional de “equilibrio” y, además, que deben integrarse otros principios fundamentales que están presentes en la descripción más común de esa teoría de la acción (por ej. incertidumbre, ideas tecnológicas, tiempo, preferencia temporal, etc. , al menos en el caso de Mises o Rothbard)

⁴¹ Véase José Ayala Espino, *Instituciones y Economía*, Fondo de Cultura Económica, Cap. II, sobre los antecedentes del neo institucionalismo. Recomiendo, adicionalmente, revisar el cuadro comparativo entre el enfoque neoclásico (él que utiliza el *Law & Economics* ortodoxo) con este enfoque. También, recomiendo el cuadro de comparativo de Jesus Huerta de Soto sobre la Escuela Austríaca de Economía (de la cual Hayek, como es sabido, es uno de sus principales proponentes) con el enfoque neoclásico. Vale la pena señalar que Huerta de Soto, explícitamente coloca algunos de los autores “neoinstitucionalistas” como “neoclásicos”. Para una muy breve introducción al “neoinstitucionalismo”, véase, Douglass C. North, “ La nueva economía institucional”, *Libertas n°12*, ESEADE, 1990, pág. 101.

⁴² Autores como F.A Hayek, L. Von Mises, M.N. Rothbard, Hans Hermann Hope, por ejemplo.

⁴³ Por cuestiones de economía, para la explicación que sigue, se requiere cierto grado de conocimiento del lector acerca de los principios y trabajos fundamentales de la EAE.

⁴⁴ Véase Ludwig Von Mises, *La Acción Humana*, particularmente el Cap. I y II. Op.cit. Para las diferencias entre el enfoque neoclásico y de la EAE, véase, Jesus Huerta de Soto, en *The ongoing Methodenstreit of the Austrian School*, disponible en Internet en la página del autor en www.jesushuertadesoto.com. También, Jesús Huerta de Soto, *La Escuela Austríaca, mercado y creatividad empresarial*, Editorial Síntesis, Madrid, 2000, p. 53 y ss..

b) opera la idea de costo alternativo, aunque seguramente de modo muy diferente al enfoque tradicional, particularmente bajo la idea de que todo costo es necesariamente subjetivo, básicamente un “estado mental” del actor y por lo tanto no susceptible de medición alguna; Probablemente introducir seriamente este necesario límite al análisis llevaría a la versión positiva del AED austriaco más hacia una descripción general del “sentido económico” de las instituciones legales que a “predicciones” propiamente dichas (tal como de hecho sucede con la economía neo institucionalita), entre otras consecuencias.

y c) puede también admitirse la función “maximizadora” o mejor “eficiente” de los contratos, pero atento problemas de información (y otros), los derechos pasarían a manos no de quienes más los valoran sino a manos de los contratantes que los valoran, en todo caso, más que quienes se han desprendido de los mismos (de lo contrario tendría pleno sentido la idea de que efectivamente se opera en equilibrio) lo que quedaría revelado a partir de la acción misma. Lejos de Pareto o Kaldor Hicks, la versión de “eficiencia” de los autores austriacos supone cierta tendencia a coordinar cursos individuales de acción sujetos a incertidumbre e ignorancia de modo tal que los problemas de información que están en la base del problema económico sean aprovechados en beneficio de todos, particularmente en el sentido de que los precios e instituciones permitirían que la oferta de bienes (e instituciones) se asigne en términos a las necesidades relativas más urgentes de los individuos.⁴⁵ Los precios de mercado, tanto como las instituciones (*los precios implícitos en las instituciones*), operarían facilitando información que está dispersa y permitiendo no sólo “nuevos descubrimientos institucionales” sino además nuevos arreglos adaptativos a las nuevas circunstancias que revelan, concentrando las mismas, nuevas, variadas y dinámicas valoraciones expresadas tanto en el mercado como en las instituciones (y el derecho).

El énfasis de los autores austriacos en la importancia de la vigencia de la propiedad privada (d), la libertad contractual (e) y la libertad (legal) de salida e ingreso de los mercados en los cuales los individuos deseen operar, y el análisis, clásico en estos autores, acerca de las consecuencias de la intervención coactiva (propia del derecho) que afectan la coordinación espontánea de los actores en el terreno tanto de mercado en estricto sentido (allí donde hay precios monetarios) como institucional (allí donde no hay precios monetarios) pone de manifiesto, a mi entender –entre otros muchos elementos- la primordial importancia del marco institucional para estos autores.

En el terreno más operativo, pero lógicamente necesariamente ligado a los primeros principios, entiendo que “el proceso de mercado” (marco teórico propio a la EAE, difiere en

⁴⁵ Para las diferencias entre la idea de eficiencia del *Law & Economics* tradicional u ortodoxo y la que es propia a la EAE, véase, Elisabeth Krecke, “Law and the market order: An Austrian Critique of the Economic Analysis of Law”. *Commentaries of Law and Economics: 1997 year book*. Edited by Robert Mc Gee. The Dumont Institute. USA. 1998. p. 88. Para un lúcida crítica al AED convencional, véase, Mario J. Rizzo (editor) en *Time, Uncertainty, and Disequilibrium*, Lexiton Books, 1979, “Uncertainty, Subjectivity, and the Economic Analysis of Law”, pág. 71 y ss. Para un debate entre un “austriaco” como Murray N. Rothbard y las ideas de algunos proponentes “neoclásicos” de la “Economía del Bienestar” (un pariente cercano del *Law and Economics* “normativo”), M.N. Rothbard, “Hacia una reconstrucción de la utilidad y de la economía del bienestar”, *Libertas* n° 6, ESEADE, 1987.

muchos aspectos sustanciales al “modelo de competencia perfecta” de los autores neoclásicos), tanto en el terreno estrictamente económico como institucional, ofrece una teoría alternativa al modelo ortodoxo acerca del modo en el cual los operadores de mercado “descubriendo” beneficios empresariales (no necesariamente monetarios) “internalizan externalidades” y generan incentivos a fines de la “disminución eficiente” de los costos de transacción que otras propuestas institucionales que muchas veces (particularmente en el caso de altos costos de transacción y/o “fallas de mercado”⁴⁶) recomiendan la ingerencia gubernamental, de un modo en el cual no podemos extendernos en este trabajo.⁴⁷ En este sentido, parte importante de un “programa austríaco” del análisis económico del derecho, creo, debería comenzar por poner en evidencias las distorsiones que la ingerencia y planificación central intervencionista tiene sobre el modo eficiente de asignación de los recursos, siguiendo la tarea del análisis económico ortodoxo (de la EAE) sólo que atendiendo, ahora, al marco legal y en un análisis mucho más descriptivo relativo a cada ámbito de la legislación.

Por otro lado, en el plano estrictamente institucional, la idea de la evolución “espontánea” de las instituciones (en Hayek, por ejemplo) que opera sobre la base de la prueba y el error individual coordinada sobre la base de la información que concentran las instituciones y los precios, y que pone de manifiesto la imposibilidad de la planificación centralizada, supone creo claramente, una teoría de las instituciones y por lo tanto el “vacío institucional” del neoclasicismo queda definitivamente salvado. Una explicación, no por cierto simple, de cómo se relacionan “la lupa y el mapa” de un modo que está ausente al menos en la explicación que estamos analizando.⁴⁸

Pero regresemos a nuestro propósito original: las inexplicables ausencias en la clasificación más tradicional.

⁴⁶ Entiendo que el debate central se presenta en el caso de los bienes públicos. Véase, Alberto Benegas Lynch (h), “Bienes Públicos, Externalidades y los *free-riders*: el argumento reconsiderado”. *Libertas* n° 28, Mayo de 1998, ESEADE.

⁴⁷ Entre nosotros, me parece interesante la idea de Martín Krause del “empresario institucional”, tal y como fue presentada la idea por el autor en el marco del Departamento de investigaciones de ESEADE y en el Mont Pelerin Society, trabajo aún inédito. También, las consideraciones al respecto de Gabriel Zanotti en *El Humanismo del Futuro, Un ensayo filosófico-político*, Editorial Universidad de Belgrano, Cap. III, título II “El Proceso de Mercado”, donde Hayek opera en línea con los aportes fundamentales del *Law & Economics*. Entiendo que en estas consideraciones de Zanotti están presentes los lineamientos fundamentales de cómo opera la teoría institucional de la EAE con algunos de los más conocidos y fundamentales aportes del *Law & Economics*. Igualmente, para diferencias entre el enfoque de los autores de la EAE y el *Law & Economics* tradicional, véase el citado trabajo de Elisabeth Krecke, “Law and the market order: An Austrian Critique of the Economic Analysis of Law”, op.cit. También son interesantes las consideraciones de Mario J. Rizzo, op.cit. y las consideraciones “austríacas” de Israel M. Kirzner en , *Competencia y Empresarialidad*, Unión Editorial, 2da. Edición, 1998, pág. 239.

⁴⁸ Para un desarrollo de profundo del orden jurídico espontáneo, F.A Hayek, *Derecho, Legislación y Libertad*. Unión Editorial, 1988, en particular en primer tomo de los tres componen esta obra. Igualmente, Bruno Leoni, *La Libertad y la Ley*, Unión Editorial, 1995. véase también, Ricardo M. Rojas, “El orden Jurídico Espontáneo”, *Libertas* 13, ESEADE, 1990. Para una introducción al enfoque de Hayek, véase, Eamonn Butter, *Hayek*, Unión Editorial, Madrid, 1998, en particular, los Cap. I y II. Para algunos autores, la misión misma de las ciencias sociales consiste en tornar “visibles” las “manos invisibles”. Véase, por ejemplo, Anthony Flew, “Social Science: Making Visible the Invisible Hands”, *Journal of Libertarian Studies*, Vol. 8, N° 2, Summer 1987, p. 197 y ss.

Solamente una observación adicional, creo, sirve para comprender la importancia de los derechos de propiedad: no hay eficiencia posible sin disposición de los propio y, lógicamente, no es posible, entonces definir derechos sobre bases de eficiencia. Por ello, no es posible fundamentar el orden jurídico sobre bases económicas sin caer en razonamientos circulares. Posner, por ejemplo, intentando justificar la eficiencia como fundamento del sistema de derechos, ha señalado que en un mercado hipotético “compraríamos” nuestros “derechos naturales” más elementales, como –por ejemplo- el derecho al fruto de nuestro propio trabajo. Sin embargo la referencia a “comprar” supone ya derecho de propiedad. Y si la eficiencia, o en los términos de Posner (con claras connotaciones a la idea e equilibrio) que “los bienes pasen a manos de quienes más las valoran” requiere de actos de disposición, como es posible la eficiencia antes que los derechos?. Además, ¿ transferimos en realidad bienes o derechos sobre los bienes?. Si transferimos derechos, entonces, ¿no es la propiedad (en sentido genérico) un instrumento fundamental de análisis económico del derecho?.