

LOS DERECHOS DE PROPIEDAD Y LA EFICIENCIA: UN PROBLEMA PARA EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO NORMATIVO

Eduardo Stordeur (h).

“There are no rules of architecture for a castle in the clouds”

Gilbert K. Chesterton.

El desarrollo y creciente aceptación en ámbitos académicos del “análisis económico del derecho” o “derecho y economía” (*Law & Economics*) ha implicado una verdadera revolución en la forma de considerar las relaciones entre derechos de propiedad y economía: mientras la visión tradicional suponía que los derechos de propiedad constituían requisitos institucionales básicos para el sistema económico, desde la aceptación del “Teorema de COASE” (COASE, 1960) en adelante, y siempre en el ámbito de la economía aplicada al derecho, la relación se ha planteado más bien a la inversa: ahora es la eficiencia la que determina y legitima (en la versión normativa) los derechos de propiedad (BLOCK, 1995: 62).

Este breve ensayo plantea una *variante* en la defensa del enfoque clásico y por lo tanto implica una crítica a cierta propuesta normativa extrema que pretende fundar los derechos de propiedad (en sentido amplio) en criterios exclusivos de eficiencia (POSNER, 1979; DEMSETZ, 1979).

Se persigue, en este sentido, poner en evidencia que *aún desde la misma teoría económica* aplicada al derecho, más concretamente *en especial* desde el fundacional trabajo de COASE, los derechos de propiedad operan como *supuestos* dentro del propio criterio de eficiencia utilizado, de modo que no es posible, o al menos parece complicado, fundamentar derechos sobre la base de la eficiencia.

Ciertamente que la literatura sobre la materia ha destacado estos problemas (DWORKIN, 1980; VELJANOVSKI, 1980), pero este trabajo intenta sistematizar dicha crítica vinculando estos problemas para definir derechos con el supuesto fundacional del Análisis Económico del Derecho: el “Teorema de COASE”.

A fines de acotar el trabajo, nos limitamos a la formulación normativa del principio en la más difundida y por lo tanto explícita (y paradigmática) de las propuestas normativas: la desarrollada por Richard POSNER, es decir, la denominada “maximización de la riqueza social” (en adelante MRS). Esto simplemente a fines metodológicos en tanto una mera revisión del modo en el cual se viene utilizando la economía a fines normativos en el ámbito del derecho pondría en evidencia la amplia utilización de los supuestos de COASE. En efecto, bastaría una simple revisión de literatura sobre la materia para advertir con claridad que la aplicación formativa de la economía al derecho supone o intenta, una “reconstrucción” de una situación ideal donde no hay costos de transacción y el analista

“normativo” intenta asignar derechos o responsabilidades simulando la hipotética resolución de un mercado perfecto.

De modo más concreto, este trabajo no persigue como sucede con frecuencia con este tipo de trabajos- agregar nada nuevo, sino sistematizar y ver las cosas desde un enfoque quizás levemente diferente. Más concretamente pretendemos vincular el problema de la economía para justificar derechos de propiedad con la base teórica misma del AED (el “Teorema de COASE”).

De un modo algo más preciso este trabajo sugiere que el principio normativo de POSNER (n) se funda en una proposición positiva (p) derivada del Teorema de COASE, y siendo que (p) incluye como elemento a los derechos de propiedad, el principio normativo de la MRS (n) tiene problemas para fundar derechos de propiedad en tanto (n) es un concepto derivado de (p). Más concretamente la MRS tiene fundamento en el Teorema de COASE y este supone derechos de propiedad, razón por la cual enfrenta problemas para fundar derechos de propiedad desde el principio de eficiencia (al menos en la versión que examinamos), problemas que han sido ciertamente destacados por la literatura.

En otros términos el trabajo sugiere que el fundamento mismo del criterio de la MRS se funda en una proposición positiva que supone como *datos* los derechos de propiedad. Siendo así no es posible fundamentar de modo consistente derechos de propiedad en la eficiencia, al menos en el señalado contexto teórico.

¿Cuál es la importancia de la objeción que examinamos?. Claramente, una teoría filosófica del derecho (como la planteada por las versiones normativas “fuertes” del Análisis Económico del Derecho) que no está en capacidad de al menos explicar en forma consistente el fundamento de los derechos más esenciales falla como tal y en consecuencia admite pocas posibilidades de competir con otras explicaciones alternativas que, quizás con sus problemas, al menos de manera más o menos sistemática, más o menos plausible, presentan argumentos más sistemáticos y coherentes.

Por demás, ciertamente que el AED ha sido ampliamente cuestionado desde los más diversos enfoques y puntos de vista¹, pero creo un elemento especialmente consistente del enfoque que desarrollamos, frente a otros alternativos, es que lejos de intentar una *crítica externa* al marco teórico (esto es, desde otra teoría o paradigma o simplemente apoyándonos en cuestiones valorativas muchas veces complejas), se persigue poner en evidencia problemas de consistencia y como ha señalado POPPER : “La coherencia no basta para establecer la verdad, pero la incoherencia y la inconsistencia permite establecer la falsedad” (1991: 52)

¹ Solamente para citar algunas de las más importantes o trascendentes en la literatura y desde los más diversos enfoques, véase, DWORKIN, 1980, ANDERSON, 1993, KELMAN, 1987 como desde la sociología ELLICKSON, 1991 y la clásica crítica de LEFT, 1974). El compendio más interesante y rico sobre la materia son las ediciones de la HOFSTRA LAW REVIEW de 1980, más allá de la polémica actual acerca del conocido trabajo de KAPLOW & SHAVELL, 2002.

Además, como vamos a ver, si bien –creo- cualquier marco teórico que pretenda dar fundamento a las instituciones legales (en el sentido normativo) debe explicar de modo consistente los derechos individuales, tal cuestión opera como un requisito indispensable para el enfoque normativo del derecho, por cuestiones de consistencia interna de la teoría, tal como vamos a examinar.

Finalmente, más como una forma de sentar las bases para un futuro programa de investigación, vamos a analizar la posibilidad de utilizar normativamente la economía distinguiendo diversos “niveles” de normatividad que admite la teoría y las diversas y más comunes posiciones relativas en materia de filosofía legal. Nuestra hipótesis final, en este sentido, es que sí bien el marco teórico que ofrece el AED se muestra incapaz de ofrecer una teoría consistente a fines de otorgar fundamento al derecho, sí ofrece una interesante propuesta para la disciplina aún en los siempre más complejos ámbitos normativos.

A esos fines el trabajo se desarrolla de la siguiente manera: (i) Introducción al núcleo de la teoría normativa del AED a fines de enunciar de modo simple los aspectos esenciales del criterio normativo de Richard POSNER: “La Maximización de la Riqueza Social” (en adelante MRS). (ii) Una explicación de los problemas para definir derechos de propiedad. (iii) Conclusiones y programa de investigación.

I.- Los orígenes del Análisis Económico del Derecho en su función normativa: los elementos en el “Teorema de Coase”.

El AED normativo en la versión “chicago”², puede resumirse en la idea de que el derecho es (y fundamentalmente, *debería ser*) un sistema de reglas destinadas a maximizar la riqueza social, medida en términos a lo que la gente está dispuesta a pagar en dinero (*willingness to pay*) para obtener o bien mantener determinado *derecho* sobre un recurso.

La idea es que los derechos son instrumentales a la maximización de la riqueza social y en relación al uso y disposición de recursos escasos los que, para cumplir con el ideal de la eficiencia, *deben* quedar en manos de quienes son más eficientes o de quienes más lo valoran, medidos en términos monetarios.

En otros términos, para el AED normativo se cumple con el ideal cuando los recursos están distribuidos de modo tal que cada recurso está en manos de quien puede hacer un uso más eficiente del mismo (expresados por el *willingness to pay*). Las reglas del derecho en su totalidad deben adecuarse al mandato maximizador, en tanto –puesto en otros términos- adopta como ideal un conjunto de normas tendientes a minimizar el coste de las

² Hay varias “escuelas” o mejor, “corrientes” de AED. Un clásico sobre el tema, *The Economics and the Law* de Nicholas Mercuro, por ejemplo, distingue la escuela de Chicago, de la más intervencionista de Yale. También la institucionalista y la neoinstitucionalista (que avandonan o al menos relajan los supuestos del “modelo de competencia perfecta” y la del *Public Choice*, en esencia, economía aplicada a los procesos de toma de decisiones en contextos políticos, y por lo tanto, de alguna manera, análisis económico del derecho público (entre otros).

interacciones humanas en general o –lo que es lo mismo- potenciar los beneficios de las mismas.

El origen o fundamento teórico fundamental del AED en general, con claras incidencias normativas, parte del trabajo de R. H. COASE, quien en su célebre “El Problema del Coste Social” (1960) funda las bases del moderno AED, tanto positivo como normativo.

COASE parte por considerar al mundo sin costes de transacción; es decir al mundo tal y como lo suponen los teóricos de la economía neoclásica, un mundo donde no hay costos de transacción, donde las transferencias de derechos de propiedad se suponen gratuitas y donde *los derechos de propiedad* (o mejor, derechos de apropiación) *se suponen asignados* de modo tal que sea definible quien puede hacer uso de tal o cual recurso o en su defecto quien debe pagar a quien para la transferencia del mismo.

En este mundo, señala COASE, cualquier asignación de derechos de propiedad es eficiente en cuanto no afecta el destino final, siempre eficiente, de la asignación de los recursos. En otros términos, es irrelevante para el sistema económico quien tiene derecho a qué: siempre que sea gratuito para las partes negociar transferencias de derechos y estén establecidos los derechos de propiedad -por propio interés- las partes promueven la asignación eficiente de los recursos.

Un ejemplo, puede ilustrar fácilmente la conclusión –a los fines de este trabajo- fundamental de COASE (a los fines de este trabajo). Utilicemos el clásico ejemplo del médico y el músico para ilustrar un caso simple de *externalidad negativa* (un costo no compensado que alguien impone a otro). El primero necesita auscultar y el segundo ejecutar su música, de modo tal que ambas actividades se presentan como mutuamente excluyentes, constituyendo un caso de *externalidad*, es decir costos que impuestos a terceros no están compensados o incluidos en el sistema de precios.

Para COASE a diferencia del enfoque predominante antes de su célebre trabajo (antes dominado por la tradición que se atribuye a Arthur C. PIGOU), la *externalidad* es mutuamente causada, en tanto es condición de la existencia de la misma (en el caso) la actividad del médico tanto como la del músico.

A fines de ilustrar de modo simple pero suficiente el Teorema de COASE, ofrecemos el siguiente caso, donde se supone usos incompatibles de recursos (o más precisamente “derechos” sobre recursos), apelando a un clásico de la literatura: un caso de incisión entre un médico y un músico. Simplificando las supuestas, hay básicamente cuatro situaciones posibles si tomamos como relevantes (o más relevantes) *la titularidad* del recurso y *la eficiencia* en la utilización del mismo, según se corresponda como en el músico o con el médico:

En **(1)** el médico es más eficiente, suponiendo que su actividad implica beneficios por \$ 140 y es quien tiene el derecho a gozar del silencio. El músico no tiene el derecho y es, además, menos eficiente en el acotado sentido de que su beneficio –supongamos- es tan solo de \$ 100. En este caso, no hay transacción y la situación es eficiente, en tanto quien detenta el derecho es quien hace del mismo un uso más eficiente.

En (2) el médico no tiene el derecho, pero es él más eficiente: nuevamente puede obtener una rentabilidad potencial del uso de sus derecho al silencio de \$ 140. En este caso el músico tiene el derecho, pero su rentabilidad es de \$ 100. En este caso, hay una “excedente de la contratación” de \$ 40, franja dentro de la cual ambos pueden negociar el derecho. En beneficio mutuo el derecho es transferido al médico, ya que este puede pagar más de \$ 100 al músico. No sólo las partes sino la sociedad toda se ve beneficiada toda vez que se hace un uso más eficiente del recurso en cuestión.

En (3) el medico no tiene el derecho y no es el más eficiente (supongamos ahora, invirtiendo las rentabilidades respectivas, que obtiene solamente \$ 100 por su actividad). El músico en cambio tiene el derecho y es quien obtiene mayor rentabilidad del derecho (\$ 140). La situación es claramente eficiente, de modo tal que no es necesaria ninguna transacción.

En (4) El médico tiene el derecho, pero solamente obtiene \$ 100 de rentabilidad contra \$ 140 del músico. Al igual que en (2), en mutuo beneficio y en él de la sociedad el derecho paso a manos de músico.

De modo que no importa la asignación inicial de recursos, sin costes de transacción y *asignación inicial del derechos* la situación o asignación final de los recursos será siempre igual y eficiente.

Pero, para que opere el Teorema de COASE, y esto es importante, hay, además de los costes de transacción nulos, una condición adicional de importancia: *que los derechos de propiedad están claramente definidos* (de modo que quede claro quien debe pagar a quien o bien quien debe soportar la *externalidad*).

Por otra parte, y esto es fácil de advertirse, si los derechos de propiedad no están definidos los costes de transacción nunca pueden ser nulos o bajos. En realidad la asunción de la existencia de derechos de propiedad parece constituir una necesidad conceptual del “Teorema”, de lo contrario: ¿quién debería pagar a quien, aun bajo el supuesto de cero costos de transacción para transferir de modo eficiente los recursos?; además: ¿cómo podemos siquiera concebir costos de transacción sin derechos de propiedad, cuando los costos de transacción, en la propia clasificación de COASE –la más aceptada- consiste fundamentalmente en costos asociados a las transferencias de derechos de propiedad?.

En COASE surge, entiendo, claramente la necesidad conceptual de derechos de propiedad para la economía institucional en general y el análisis económico del derecho en particular. Pero conviene ahora seguir con la descripción de la tesis normativa esencial.

Si, siguiendo a COASE, nos introducimos en el mundo real, parece evidente que al menos en la generalidad de los casos hay costos de transacción positivos. Contratar, transferir derechos de propiedad, nunca es una actividad gratuita: hay que identificar con quien se quiere contratar, formalizar el convenio, fiscalizar el mismo (si cabe) y hasta hacerlo cumplir. Esto es lo que COASE quería advertir con su famoso teorema que –según él y en cuanto al punto refiere – no ha sido debidamente comprendido. En el mundo real los costes

de transacción son positivos, de modo que el modo en el cual se asigne los derechos de propiedad es relevante, casi se diría fundamental, para la eficiencia económica: hay que asignarlos allí donde es posible un uso alternativo más eficiente de los recursos medidos por la propensión a pagar.

En efecto, altos costos de transacción podrían evitar las eficientes transferencias de derechos a manos de quienes pueden hacer usos alternativos más eficientes de los escasos recursos: volvamos ahora al ejemplo de médico y el músico y supongamos que el problema es entre varios médicos que atienden en forma independiente en edificio paralelo a una gran sala de ensayos donde, también en forma independiente, ensayan varios músicos. Supongamos, por vía de hipótesis, que los costos de transacción, en razón de número de implicados, son altos, tan altos como por ejemplo, \$ 60 y las rentabilidades conjuntas de ambas actividades se mantienen constantes, no obstante el mayor número de implicados (solo a fines de simplificar el problema).

En nuestro ejemplo, el “excedente” de las transferencia efectuadas en (2) y (4) era de \$ 40. ¿Que sucede en esas condiciones?: simplemente que, aún cuando tanto él médico (o los médicos) como el músico (o los músicos) son respectivamente quienes pueden hacer uso más eficiente de los recursos, las transacciones correspondientes no son posibles por altos costos de transacción de modo tal que el derecho permanece en manos de quienes hacen del mismo un uso menos eficiente.

Puesto en términos más simples: sin costos de transacción y con *derechos de propiedad* definidos si A no detenta un derecho pero puede hacer uso más eficiente del mismo, tiene claros incentivos para comprar el derecho a B, supongamos –aún simplificando más la hipótesis- a \$ 40. Pero si los costos de transacción son mayores a \$ 40, entonces, por definición el derecho queda en manos de la parte más ineficiente. De modo –y está es una de los aportes más claros de COASE al moderno análisis económico y al AED en particular- el problema no son las *externalidades* sino los costos de transacción, en tanto si estos son bajos las primeras pueden ser *internalizadas* por medio de transacciones privadas.

Si la finalidad del derecho es la eficiencia, ¿cual es la conclusión lógica?. Los derechos deben asignarse allí donde estos pueden ser utilizados en forma mas eficiente. O puesto en otros términos, deben asignarse los derechos *simulando al mercado* en condiciones de competencia perfecta, es decir asumiendo costos de transacción nulos, es decir simulando al mercado en el perfecto mundo coaseano.

El AED normativo, entonces, se va a orientar casi invariablemente a la búsqueda de esa situación originaria donde no hay costes de transacción. Así, en la solución práctica de los problemas que usualmente invaden los despachos de los jueces y de los abogados, la reglas aplicable implica intentar reconstruir el modo en el cual las partes, con derechos de propiedad establecidos y bajos o nulos costos de transacción, *habrían* asignado los derechos (dejando de lado que en el mundo de COASE la parte que pierde el derecho es compensada).

En el fondo, la idea central, es que los costes de transacción constituyen al menos parte fundamental de la causa del derecho (y su explicación conjuntamente a los procesos de

internalización de externalidades) y el elemento fundamental que lo explica. Sin costes de transacción, por ejemplo, no tendrían sentido el derecho de daños, ya que simplemente no habría accidentes, en tanto todas las víctimas potenciales habrían negociado contratos perfectos con todos los agentes potenciales de daños, de modo que las indemnizaciones tendrían una resolución contractual. Igualmente, no habría problemas de definición y litigio en materia de derecho de propiedad puesto que las partes, por su mutuo beneficio, llegarían a un acuerdo eficiente para ambas partes (como ilustra el ejemplo de músico y el médico).

De modo que la regla normativa básica del AED se funda en la proposición positiva misma del “Teorema” que supone que *dados* derechos de propiedad y costos de transacción nulos o suficientemente bajos, la ley no tiene implicancia alguna en la asignación de los recursos. Pero el problema es que la regla (positiva) sobre la cual se fundamenta la (regla) normativa *supone la existencia previa de derechos de propiedad*. Nuevamente, ¿cómo entonces fundar derechos de propiedad sobre el postulado normativo cuando este tiene apoyo en el postulado positivo que *supone* derechos de propiedad?. Si bien parece evidente que siempre sería –al menos conceptualmente- posible asignar derechos de modo “eficiente” *dados* los derechos de propiedad –y otras condiciones que no viene al caso examinar ahora-, esto es, en el margen, no parece posible de modo consistente, fundamentar la vigencia de derechos desde el criterio normativo de la teoría. Esto puede traducirse del siguiente modo: el AED normativo puede efectuar recomendaciones *dada* cierta estructura del derechos de propiedad, pero no puede dar validez desde sus postulados a determinada estructura de derechos de propiedad.

II- La regla de la Maximización de la Riqueza Social (MRS).

Una vez expuestos los elementos esenciales del célebre “Teorema de Coase” conviene ahora detenernos en un breve examen del enfoque formativo del Juez y Profesor Richard POSNER quien –como vamos a ver- sigue claramente el análisis de COASE a los fines de la formulación de su regla normativa, la MRS. Dada su gran producción y la preocupación que mantiene por aspectos Normativos de la teoría y a fines de no incurrir en errores, es conveniente dejar hablar, en mayor medida, al POSNER por si mismo:

La eficiencia en el contexto social consiste en la denominada “maximización de la riqueza”, que se obtiene cuando “los bienes y otros recursos se encuentran en manos de aquellos que más lo valoran, y alguien valora más un bien sólo si esta dispuesto y al mismo tiempo puede pagar más dinero o su equivalente para poseerlo (...). Una sociedad maximiza su riqueza cuando todos sus recursos se encuentran distribuidos de tal modo que la suma de todas las evaluaciones individuales es lo más alta posible”, explica, en un célebre debate planteado con Posner, Ronald Dworkin³. Richard Posner, quien con más énfasis ha llevado adelante la idea del derecho como un sistema de reglas tendiente a “maximizar la riqueza”, explica: “La riqueza es el valor en dólares o equivalentes en dólares (...), de cuanto hay en la sociedad. Se mide por lo que las personas están dispuestas a pagar por algo o, si ya lo poseen, lo que piden en dinero para renunciar a ello. En consecuencia, en un sistema de

³ Ronald Dworkin, “¿Es la Riqueza un Valor?, *Estudios Públicos nro. 69*, Verano 1998, Santiago de Chile, Centro de Estudios Públicos. p. 260.

maximización de la riqueza, el único tipo de preferencia que cuenta es aquel respaldado en dinero, o de otro modo, que se registra en un mercado. (...)”⁴.

POSNER ha hecho explícito el principio normativo del AED en varias oportunidades. En su clásico “Utilitarianism Economics and Legal Theory”⁵, trabajo donde presenta su primera defensa explícita y relativamente sistemática del principio de la MRS, explica que –según su opinión– “el análisis económico tiene algún derecho a ser considerado como una base coherente e interesante para la formulación de juicios éticos”, de modo que adopta un criterio “duro” en cuanto a la aplicación normativa de la economía al derecho.⁶ En el mismo artículo explica, a fines de distinguir la MRS del utilitarismo que:

“La riqueza es el valor en dólares o equivalente en dólares (precisión importante, como se verá) de cuanto hay en la sociedad. Se mide por lo que las personas están dispuestas a pagar por algo o, si ya lo poseen, lo que piden en dinero por renunciar a ello. En consecuencia, en un sistema de maximización de la riqueza, el único tipo de preferencia es aquel respaldado por dinero, o de otro modo, que se registra en un mercado. Sin embargo, el mercado no necesita ser explícito. Incluso en la actualidad, gran parte de la vida económica está organizada sobre la base de los principios del trueque; a manera de ejemplo, cabe citar el ‘mercado de matrimonios’, la crianza de los hijos y hasta un juego amistoso de bridge. Estos servicios tienen un valor que podrían que podría expresarse en términos monetarios remitiéndose a servicios sustitutivos que se venden en mercados explícitos, o de otras maneras. (...) Hay otro tipo de mercado no explícito que también reviste importancia y que podría llamarse ‘hipotético’. Comparense dos situaciones. En una de ellas, les ofrezco cinco dólares por una bolsa de naranjas, usted acepta y el intercambio se concuma. Podemos estar seguros de que la riqueza de la sociedad ha aumentado. Antes de la transacción usted tenía una bolsa de naranjas cuyo valor para mí es superior a cinco dólares. Medidos por el valor monetario que atribuimos a los bienes en cuestión, ambos somos más ricos. Sin embargo supóngase que en vez de comprarle las naranjas, sin querer las piso. Un tribunal que aplicara la fórmula de Hand para la responsabilidad por negligencia preguntaría si el costo que tiene para usted el accidente es mayor o menor al beneficio que yo habría obtenido de la actividad en cuyo desarrollo se produjo el accidente. Para responder a esta pregunta el tribunal tendría que pronunciarse sobre el valor que tenían para usted las naranjas, y sobre sobre cuál era el valor que tenía para mí el caminar de prisa, y así sucesivamente.”⁷

Dworkin, define, aún con mayor precisión que Posner, la idea central del AED normativo:

“El concepto de la maximización de la riqueza se encuentra en el núcleo tanto de los aspectos descriptivos como normativos de la teoría. Pero es un concepto que fácilmente se puede mal entender y que ha sido mal entendido, en cierto modo, por sus críticos. Maximización de la riqueza es una expresión técnica utilizada por la teoría y no pretende describir lo mismo que la eficiencia paretiana. (...) La maximización de la riqueza (...) es

⁴ Richard Posner, “Utilitarismo, Economía y Teoría del Derecho, *Estudios Públicos* nro. 69, Verano 1998, Santiago de Chile, Centro de Estudios Públicos, P.207.

⁵ Traducido al Español como “Utilitarismo, Economía y Teoría del Derecho”, en *Estudios Públicos* n° 69, Chile, 1998, p.207 y ss.

⁶ Posner, *Ib. Idem.* P. 216.

⁷ Posner, *Ib. Idem.* P. 228-9.

alcanzada cuando los bienes y otros recursos se encuentran en manos de aquellos que más los valoran, y alguien valora más un bien sólo si está dispuesto y al mismo tiempo puede pagar más dinero (o su equivalente) para poseerlo. Un individuo maximiza su propia riqueza cuando incrementa el valor de los recursos que posee (...) una sociedad maximiza su riqueza cuando todos sus recursos se encuentran distribuidos de tal modo que la suma de todas las evaluaciones posibles individuales es lo más alta posible”⁸

Cento G. Veljanovski explica el concepto de la maximización de la riqueza social en los siguientes términos:

“Put simply, the principle of wealth maximization would evaluate the justness and morality of social and legal institutions by their ability to increase the wealth of society as measured in monetary terms. Although separable, Posner ties his approach to the market, both actual and hypothetical, the latter referring to exchange situations where money is both used as a medium of exchange and as a store of value. Given an initial assignment of legal rights it can be demonstrated that an ideal competitive market achieves the best usage of society's resources. It's the outcome that Posner holds up as the ethical maximand and from which can be derived an appealing combination for ethics, morality, and the formal characteristics of a just legal system. Posner argues that the pursuit of wealth is more consistent with widely held ethical intuitions than the pursuit of happiness and that the wealth principle can be made to yield specific guidelines of personal conduct and public policy. That's it a normative theory of law the wealth maximization principle only condones interference with economic and personal liberty where the market operates so inefficiently that legal coercion will increase the (net) wealth of society. In short *wealth creation* becomes the criterion by which morality, justice and fundamental rights are to be determined. In addition Posner argues that the *key* element in his system of wealth maximization is *production for others*, although I believe this to be a separate norm not always compatible with wealth creation.”⁹

La idea esencial, en suma, siguiendo el análisis de COASE, es que los mercados son eficientes y que cuando estos no pueden actuar (algo que ya está presente en toda su dimensión en COASE) hay que recurrir a *mercados hipotéticos* a los fines de resolver los conflictos suponiendo la ausencia de los costos de transacción.

Cabe destacar que solamente referimos a POSNER por razones de consistencia del trabajo y en tanto no es posible referir a varios autores; pero la idea de simular al mercado como mecanismo generalizado de AED normativo está presente en la mayoría de los autores, tal por ejemplo, la idea del derecho de contratos como mecanismo reconstitutivo del *contrato perfecto*: aquel que habría sido suscripto por las partes sin costos de transacción (aunque, agregamos nosotros, necesariamente, con *derechos de propiedad*). (citar).

Pero sigamos con el más influyente de los proponentes del AED. Claramente, en POSNER, al igual que en COASE, la idea es *simular* al mercado y asignar derechos y responsabilidades suponiendo ausencia de costos de transacción, esto es, intentando reconstruir la solución del mercado.

⁸ Dworkin, “¿Es la riqueza un valor?, *Estudios Públicos* n° 69, Chile 1998, p. 260.

⁹ Cento G. Veljanovski, “Wealth Maximization, Law and Ethics –On the limits of Economic Efficiency”. *Review of Law & Economics* 5, 1981.

Dado un hecho dañoso, por ejemplo –desde COASE- el punto central del debate no es si A ha dañado a B (en razón del carácter recíproco de los costos externos u externalidades) sino quien puede –hipotéticamente- evitar el daño a menores costos (*cheapest cost avoider*). Si el juez enfrenta un problema de usos incompatibles de un recurso (como en el caso del médico y el músico) se debe asignar el recurso a quien el mercado habría asignado el mismo. La idea, en suma, por decirlo así, es “reconstruir” el modo eficiente en que las partes –sin costes de transacción- hubiesen dirimido el conflicto o la utilización del recurso. De este modo, del principio general que enuncia que la finalidad del derecho debe ser la maximización de la riqueza expresada en términos monetarios, se derivan ciertos principios que el Juez debe atender para que el derecho cumpla con la máxima señalada.

Ahora bien, si la regla se funda en la idea de que es necesario simular las asignaciones eficientes del mercado queda evidente que se suponen por *dados* tanto los derechos de propiedad como los eventuales bajos costos de transacción. Siendo así, es decir si la regla normativa se funda en la regla positiva del Teorema de COASE y este supone –necesariamente- dados los *derechos de propiedad*, entonces, resulta inconsistente fundar derechos de propiedad en la regla de la MRS.

Ello explica los problemas que enfrenta POSNER para fundar derechos de propiedad.

IV- Problemas para fundar y definir derechos de propiedad.

Como hemos tenido oportunidad de observar, la aplicabilidad de la regla normativa del AED (en la versión que examinamos) es básicamente una tentativa de reconstruir el primer momento del “teorema de COASE”, una situación donde –con independencia de la ley- las partes asignan los derechos de modo eficiente, por propio interés y en beneficio de la comunidad.

En otros términos, el problema normativo se plantea en tanto hay altos costos de transacción y la aplicación de la regla normativa del AED requiere de suponer la ausencia de estos para simular la resolución hipotética que el mercado habría dado –bajo esas condiciones- al conflicto.

Pero toda la fuerza normativa de la MRS (n) descansa en la proposición positiva (p) del Teorema de COASE, que implica *derechos de propiedad* y costos de transacción iguales a cero o muy poco significativos (en realidad tan poco significativos que no estén en capacidad de afectar las negociaciones eficientes entre las partes).

De ahí las –señaladas- dificultades y problemas que enfrenta la teoría para fundar derechos de propiedad sobre la base de la eficiencia (en la versión expuesta). Claramente, al menos conceptualmente y dejando de lado otros múltiples problemas –que escapan a nuestro interés actual- siempre sería posible asignar derechos allí donde la riqueza es maximizada o bien asignar responsabilidades a quienes pueden eliminar riesgos futuros a menores costos. El ejercicio supondría –siempre que esto sea posible- proceder en el margen suponiendo la existencia de los derechos de propiedad. De modo que no habría, al menos desde el enfoque

que nos interesa, problemas conceptuales en fundar decisiones en la eficiencia a un nivel de normatividad que podríamos llamar “débil”: simplemente procediendo aplicar soluciones eficientes a los casos suponiendo *dados* los derechos de propiedad y por lo tanto abandonando las pretensiones filosóficas que POSNER entreve en la MRS.

Diferente es la cuestión cuando se pretende fundar derechos de propiedad sobre la base misma de la eficiencia: allí la teoría debe fundar derechos de propiedad pero enfrenta el problema conceptual de que la regla positiva sobre la cual se funda *supone* la existencia *previa* de derechos de propiedad. Igualmente-como vamos revisar siguiendo a Dworkin más adelante- también la teoría enfrenta serios problemas para definir derechos cuando estos, aun *dados*, no son asignados a sus “propietarios naturales” (peor dejemos esta cuestión para mas adelante).

Todo esto, creo, limita severamente las posibilidades del AED normativo de constituirse en una teoría de los derechos consistente, al menos lo suficiente para competir en el mercado de la ideas al respecto.

Desde otro marco teórico (en el marco de un debate con DEMSETZ) esto ha sido enunciado por Walter BLOCK del siguiente modo:

“Demsetz is in effect arguing that we don't really need extraneous doctrines such as the homesteading principle to determinate property rights. Instead, the market can do this for itself without resort to interpersonal comparisions of utility (...). But this is a mistake. The market is merely the totaly of all trades. Before any comercial interaction can properly take place, the issue of legitimacy must be faced. I may give you \$ 1 for a news paper, but if this arrangement is to be a part the *Free Market*, it must be assumed that each of us has a valid title to that which we are giving up. For example, if I stole the \$ 1, or you the newspaper, this contract, however described, cannot be considered part of the free enterprise system. To deny this is to argue in a circle. It is to say that market activity can be based, ultimately, upon market activity. This circularity is too much for even Demsetz to incorporate into his philosophy. Indeed, he states: “The definition of rights by the legal system, which precedes market is sufficient, of course, does not have the benefit of market-revealed information when ownership decisions are made”. But if this is so, how can he logically maintain that the market is sufficient unto itself to define property rigths?”.

Block lleva la cuestión a un grado de abstracción aún mayor, pero consistente con nuestra hipótesis, en un modo que podría expresarse de la siguiente manera: la relación entre derechos y eficiencia, es en realidad, a la inversa. Solamente podemos pensar la eficiencia (al menos en el contexto teórico señalado) suponiendo derechos de propiedad. Después de todo parece evidente que podemos (como hipótesis) pensar en derechos sin intercambios – como de hecho ocurre- y consecuentemente sin mercado pero no parece posible pensar en mercado sin derechos en tanto este requiere de transacciones y títulos sobre recursos (derechos). En realidad, desde un punto de vista realista –el que adopta el *Law & Economics*- parece muy complejo pensar siquiera en actos de disposición sin títulos efectivos sobre los recursos (como *hecho*) al mismo tiempo que parece muy complejo pensar en eficiencia sin actos de disposición.

Hay muchos argumentos en apoyo de nuestra conjetura: el mercado (en la idea de Posner) supone precios y ¿cómo pensar precios sin transacciones y estas sin derechos de propiedad?. Tanto los precios de mercado como los precios no monetarios (“precios sombra”) suponen actos de disposición, en tanto el precio supone un relación de valor derivada de un intercambio que *supone* derechos de propiedad.

Además, como hemos visto, para Posner la medida de la riqueza es el dinero: ¿cómo pensar siquiera el dinero sin transacciones y derechos de propiedad?. En realidad, todo el andamiaje del AED se sostiene solamente suponiendo la existencia previa derechos. Vamos al concepto mismo de “maximización de la riqueza”, ideal del AED normativo. La riqueza, dice Posner, se mide en términos monetarios: pero, ¿como concebir la moneda sin antes pensar en derechos: es simplemente imposible. Pero, supongamos que el dinero es simplemente instrumental frente a la idea de maximización de riqueza, en un sentido más generico: igualmente riqueza no es posible de ser concebida sin la idea previa de derechos. De hecho, la riqueza supone derechos en tanto lo que se intercambia en el mercado son *derechos* sobre recursos.

Por otra parte, la idea misma de riqueza sin derechos no tiene mayor sentido, en cuanto – como ha señalado Demsetz, por ejemplo- son los derechos sobre las cosas y no los atributos físicos sobre estos quienes determinan, en mayor medida, el precio de los objetos de las transacciones en el mercado.

En línea con nuestros argumentos, pero con relación al utilitarismo, HOPPE señala:

“As regards the utilitarian position, the proof contains its ultimate refutation. It demonstrates that simply in order to propose the utilitarian position, exclusive rights of control over one’s body and one’s homesteaded goods already must be presupposed as valid. And, more specifically, as regards the consequentialist aspects of libertarianism, the proof shows its praxiological impossibility: the assignment of rights of exclusive control cannot be dependent on the –“beneficial” o whatever else-outcome of certain things; one could never act and propose anything, unless property rights exists already prior to any later outcome. (...) Acting a proposition making requires private property rights now, and cannot wait for them to be assigned only later”¹⁰

A fines de no incurrir en críticas externas a la teoría de Posner conviene nuevamente concentrar nuestra atención en la relación entre la proposición normativa (MRS) y la regla positiva que se utiliza como ideal: el mercado en perfecto equilibrio. Pero no podemos pensar en el mercado en perfecto equilibrio sin derechos de propiedad; puesto en otros términos la regla de Coase supone como *dados* los derechos de propiedad de modo que la regla normativa que intenta recrear o simular esa regla solo tiene problemas para definir derechos de propiedad en forma originaria, aspecto esencial si es que pretendemos utilizar la economía en sentido normativo “fuerte” (es decir como fundamento del sistema legal en sentido normativo).

¹⁰ Hans-Hermann Hoppe, *The Economics and Ethics of Private Property: Studies in Political Economy and Philosophy*. Kluwer. Boston. 1993. P. 206-207.

Conviene ahora, para reforzar nuestros argumentos, poner en evidencia los propios problemas del Juez POSNER para fundar derechos de propiedad desde la eficiencia, tal y como estos se han manifestado en la literatura sobre la materia. A tal fin –y por problemas de espacio- solamente vamos a introducirnos a los argumentos centrales expuestos en “Utilitarian Economics, and Legal Theory” (POSNER, 1979), en razón de que el tema ha sido por primera vez expuesto y ampliamente tratado en este trabajo.

POSNER ha intentado en reiteradas oportunidades sostener argumentalmente la superioridad de su regla de la MRS frente a la teoría utilitarista y las –que él denomina, creo erróneamente - “kantianas” (POSNER, 1998, p. 227 y ss). Afirma además que la MRS “entraña, primero, una asignación inicial de derechos individuales (a la vida, a la libertad, y al trabajo) a sus titulares naturales; segundo, mercados libres que permitan reasignar periódicamente esos recursos a otros usos; tercero, normas legales que simulen las operaciones de mercado en aquellos casos en que el costo de las transacciones de mercado sea prohibitivo; cuarto, un sistema de recursos legales para impedir y corregir la violación de los derechos; y quinto, un sistema de moral personal (las “virtudes protestantes”) que sirva para reducir el costo de las transacciones de mercado.” (POSNER, 1998, p. 237-8).

Como vemos, la pretensión normativa del principio de la MRS de Posner no sólo es bastante ambiciosa, en tanto pretende a partir de allí dar fundamento a los rasgos fundamentales de un sistema legal, sino que además coloca, acertadamente, como primer principio la fundamentación de los derechos individuales básicos. Sin estos, simplemente, no es posible otorgar fundamento a los restantes principios fundamentales del sistema. Igualmente, vemos con claridad la relación entre su principio normativo y el enunciado por COASE (aunque que, creo, en el caso de este último con menores pretensiones normativas).

POSNER en consciente, de modo explícito de la importancia que para sus sistema tienen los derechos de propiedad. Destaca:

“Los economistas tampoco se limitan a decretar que deben establecerse derechos exclusivos para luego guardar silencio en cuanto a quiénes habría que otorgárselos. Es verdad que si las transacciones de mercado fueran gratuitas, a los economistas les sería indiferente a quién se les otorga inicialmente el derecho exclusivo. El proceso de intercambio voluntario reasignaría sin costo alguno el derecho a la persona que más lo apreciase. Sin embargo, cuando se abandona el supuesto poco realista de que los costos de transacción son iguales a cero, la asignación de los derechos se vuelve definitiva –cuestión que Dworkin y Kennedy pasaron por alto. Si los costos de transacción son positivos, el principio de maximización de la riqueza exige que los derechos se atribuyan inicialmente a aquellos que seguramente han de apreciarlos mejor”. (Posner, 1998, p. 235).

Posner considera que la MRS es el criterio por el cual corresponde a cada cual reconocer sus “derechos naturales” , en tanto si estos se asignaran a otros, estos –en tanto más lo valoran- los adquirirían de las terceras personas.

Entiendo que la sola mención a dueños “naturales” supone ya un problema de la teoría –que se intensifica como vamos a ver. Es que, como señala Fried (1978, pp. 103-104) referir a

que cada cual compraría *su* derecho al trabajo, a su libertad ambulatoria, etc. implica ya suponer *derechos de propiedad* antes que el ejercicio de Posner. Pero como vamos a ver, esos problemas se multiplican apenas ingresamos en el –digamos- mercado hipotético inicial de POSNER.

Para POSNER, además, otro argumento para reconocer los derechos a sus titulares “naturales” es la ineficiencia de los monopolios: la necesidad de distribuir los derechos en muchas personas a fines de no generar situaciones ineficientes. En tanto “atribuir a una sola persona el derecho al trabajo de todos los obreros de las empresas eléctricas (...) sería ineficiente porque se traduciría en la monopolización de una parte de la oferta de mano de obra y, por lo tanto, en una disminución de la riqueza de la sociedad”. (POSNER, 1998, p. 236).

La primera pregunta que surge a simple vista es como pensar en que la gente compraría sus “derechos naturales” sin el concepto previo de propiedad, en tanto debe pagar con algo y hasta donde alcanzan las categorías analíticas más frecuentes –también utilizadas por POSNER- solo se puede pagar con algo lo que es -al menos en algún sentido- “propio”. Nuevamente POSNER piensa antes en las transacciones y resultados eficientes de las transacciones antes de pensar en derechos de propiedad.

Segundo, como ha señalado DWORKIN (1998, p.282) este resultado no es del todo seguro:

Supongáse el caso de alguien llamada Agatha que es pobre, pero que puede escribir historias de detectives tan brillantemente que el público se deleitaría y pagaría por tantos libros como ella pueda escribir. Supóngase que el derecho al trabajo de Agatha es atribuido a Sir George. Eso significa que Sir George puede dirigir el trabajo de Agatha como el plazca: ella es su esclava. Sir George será, por supuesto un amo ilustrado en el sentido de que no exigirá a Agatha hasta el punto de que el valor total de lo que ella produce decline. Pero le exigirá apenas menos que ese punto. Supóngase que Agatha si tuviera el derecho a su propio trabajo, trabajaría de diseñadora de interiores, en cuyo caso ganaría mucho menos dinero, pero encontraría su vida más placentera. O supóngase que escribiría muchas menos historias de detectives que las que podría escribir, sacrificando el ingreso adicional para pasar un tiempo en el jardín. En *algún* punto, preferiría dejar de escribir para disfrutar de los que ha hecho, en lugar de ganar marginalmente más dinero y no tener tiempo para disfrutar de las cosas. (...). Si le dice al gerente del banco que se propone diseñar interiores, o trabajar en el jardín, no podrá pedir prestada una suma siquiera cercana a los fondos necesarios para comprarle el derecho a su propio trabajo a Sir George. Si Agatha no le dice nada y procede sin más, pronto será incapaz de servir la deuda. Ella puede pedir prestado dinero suficiente incluso para hacer a Sir George indiferente respecto de la venta de su derecho al trabajo, solo llevando una vida tan desagradable para ella como la que hubiese tenido bajo la dirección de Sir George. (...) Dejaría de ser esclava sólo convirtiéndose en la esclava del First National Bank (de Chicago, por supuesto)”.

El ejemplo de DWORKIN evidencia algunas dificultades que tendrían los “dueños naturales” para comprar sus respectivos “derechos naturales”. Claramente que Agatha puede trabajar mejor por su cuenta que bajo la propiedad de Sir George (como contra argumento) pero es evidente que hay casos donde algunos derechos de determinadas

personas serían más eficientes en manos de otras, como el caso del derecho de expresión de una personas absolutamente analfabeta en manos de algún exquisito del género, la de un vago consuetudinario en manos de una persona industriosa, al menos en la idea de “eficiencia” implícita en POSNER.

Pero los problemas son más profundos, como señala DWORKIN:

Si el análisis económico hace depender el derecho inicial de alguien a su propio trabajo del hecho de que compraría el derecho si éste fuese atribuido a otro, este derecho no puede “derivarse” del análisis económico a menos que sepamos de antemano quién tiene inicialmente ese derecho. Esto parece ser un círculo vicioso. No podemos especificar una asignación inicial de derechos a menos que respondamos a preguntas que no pueden ser respondidas a menos que una atribución inicial de derechos sea especificada”. ¿Podemos romper ese círculo?. Podríamos, por ejemplo, estipular que haremos nuestra pregunta acerca de quién compraría qué en un estado de naturaleza en el que nadie tiene derecho a nada. Asumo que esto implica, no sólo que nadie posee aún su propio trabajo sino también que nadie tiene dinero alguno, o el equivalente de dinero o cualquiera otra cosa. En ese caso, la pregunta carece de sentido o, si la tiene, la respuesta es que nadie compraría nada” (Dworkin, 1998, 280)

Dworkin se ocupa en efecto de poner en evidencia algunos problemas argumentales evidentes en el trabajo de Posner respecto de los derechos de propiedad. Pero creo que el problema puede también – y esa es la idea central del trabajo- acotar la argumentación a la propia de Posner y referir estos problemas a sistemática interna de la teoría: como hemos visto la idea esencial es que el mercado (con derechos de propiedad y bajos o nulos costos de transacción) es el ideal normativo, derivado de la proposición central contenida en el “Teorema de Coase”.

Por otra parte el “Teorema de Coase” supone también ausencia o muy bajos costos de transacción, pero los mismos costos de transacción tampoco tiene siquiera sentido sin suponer antes la existencia de *derechos de propiedad*. Tal parece –no podemos arribar a esa conclusión en los límites de este trabajo- tanto los costos de transacción como la MRS son conceptos en algún sentido derivados de la idea *previa* de derechos de propiedad.

Ahora bien si el mercado es el ideal normativo (en tanto la proposición descriptiva o positiva de Coase) el mercado es impensable sin derechos, luego el ideal normativo, en tanto “derivado” del óptimo coaseano no puede –por severos problemas de consistencia- fundar una atribución del derechos de propiedad.

Parece evidente que si el *mercado* es el ideal normativo, pero este no es posible sin *precios*, a la vez que precios no son posibles sin *intercambios* del mismo modo que no es posible pensar siquiera intercambios sin *previos* derechos de *propiedad*.

¿Significa esto que debemos abandonar por completo el AED?. Claro que no: primero siempre es posible utilizar economía a fines simplemente descriptivos, tal por ejemplo, explicar una institución legal desde sus incentivos y el análisis de sus posibles consecuencias y efectos. ¿Sirve esto a fines normativos?. Entiendo que sí, siempre que se

funde el derecho desde concepciones filosóficas al menos compatibles con la MRS u otro concepto de eficiencia (y otros elementos que no podemos tratar ahora).

Conviene, finalmente, efectuar algunas reflexiones finales acerca del AED una vez que hemos destacado la imposibilidad o al menos las dificultades que enfrenta para ofrecer un fundamento sólido y consistente del sistema legal.

V- Diferentes grados de “normatividad” y su relación con otras teorías acerca del derecho.

La temática que abordamos ahora haría necesario otro artículo exclusivo al respecto, de modo que sólo introducimos algunas reflexiones que sirvan a fines de un trabajo ulterior de mas largo aliento y como resumen de nuestra posición respecto a la utilidad de la AED para la moderna teoría legal.

Si la MRS fracasa para atribuir derechos de propiedad iniciales (tal como lo hace) parece al menos muy complejo reconocerle un lugar siquiera considerable entre las diversas (y muy variadas) explicaciones acerca del fundamento del derecho. Aún cuando dicha falencia sería muy grave en cualquier teoría con esas pretensiones, en el caso del AED normativo tal problema resulta aún más grave en tanto el ideal normativo (derivado del “Teorema de Coase”) supone la existencia *previa* de derechos de propiedad. De ahí las dificultades que hemos examinado para fundar derechos bajo el criterio de la MRS.

Ciertamente creo que está objeción opera solamente en tanto se pretenda fundar el sistema legal en la eficiencia (en la versión expuesta), *no* cuando –como sucede en la práctica- los derechos están *dados* y se aplica la teoría para recomendar cambios marginales en pos de la eficiencia o la MRS (que enfrena, ciertamente, otros problemas). Aunque aún suponiendo *dados* los derechos, como hemos visto, tampoco es seguro ni siquiera probable que todos los propietarios naturales podrían “comprar” los derechos de terceros en el caso de una asignación inicial *dada* de esa naturaleza (en el caso de que los derechos sean detentados por otros), dicho problema es mas bien filosófico y no opera en la práctica donde al menos en general hay derechos asignados.

A menor nivel de abstracción, sin embargo, y siempre limitando el problema a la definición de los derechos de propiedad, parece posible efectuar análisis normativo de la legislación existente, esto es, tomando por *dados* los derechos. Tal sería el caso, por ejemplo, de un análisis económico de algún instituto legal vigente en la actualidad (o hipotético). Sin embargo, la recomendación normativa debería siempre ser muy limitada: en tanto la teoría *no puede fundar derechos* no opera como elemento justificador del derecho sino simplemente como herramienta auxiliar que puede explicar las consecuencias probables de la leyes (en sentido amplio) y hasta recomendar cambios sobre la base de la eficiencia, pero siempre dejando a salvo la cuestión moral que queda para otras posibles explicaciones. Si la eficiencia ha de tener algún valor para el marco teórico del analista, entonces, el AED normativo tendría mucho para decir, de lo contrario (imaginemos un deontologismo muy fuerte) simplemente quedaría limitado a un ejercicio quizás de algún interés lúdico.

Claro que los problemas del AED normativo como filosofía moral, jurídica y hasta política (todo depende del grado de abstracción), de los cuales sólo hemos tratado uno, no hacen igualmente inviable las pretensiones normativas de la economía siempre que se vincula con otra teoría más satisfactoria para fundamentar las instituciones.

En primer lugar siempre puede ser de interés normativo conocer las consecuencias sistemáticas de la aplicación de un instituto, aun cuando la eficiencia no sea o constituya el elemento normativo fundamental. En otros términos, como disciplina auxiliar, quizás – dependiendo de la posición de cada cual- de gran valor. De hecho, autores no precisamente utilitaristas, tal el caso del mismo Rawls y su conocido “principio de diferencia” y hasta el mismo Locke (o Nozick) con su también célebre “lockean proviso”, sólo por citar ejemplos muy relevantes, hacen depender la validez de aspectos esenciales de sus respectivos sistemas de las consecuencias (aunque de un modo muy diferente al utilitarismo o a la MRS, claro esta).

Seguramente también habrá diferencias según el ámbito: no es lo mismo pensar la gravitación de la eficiencia en el ámbito de la ley de sociedades comerciales o el seguro o la reglamentación de la bolsa de comercio que hacerlo en el ámbito del derecho de familia; del mismo modo que difiere la apreciación del AED para abogados “prácticos” que para ámbitos académicos particularmente no dogmáticos.

En este último caso, creo, la viabilidad del AED normativo depende, al menos en gran medida, de la “teoría” filosófica general del analista acerca de la validez del derecho.

Posiblemente un utilitarista tendría menores inconvenientes en aceptar y utilizar la teoría económica a fines normativos, siempre dependiendo del tipo de “maximando” que utilice y su afinidad relativa con un criterio de eficiencia asignativa como la expuesta por el AED (ortodoxo, de Posner). Si bien no podemos tratar el asunto ahora –Posner ha negado que la MRS sea una forma de utilitarismo- creo al menos relativamente plausible sostener que la MRS es una forma de utilitarismo restringida a preferencias apoyadas en demandas concretas expresadas en dinero. Al menos supone que es posible conocer sobre aspectos morales y jurídicos normativos, que los elementos que determinan la aceptabilidad de los actos está en la experiencia y de un modo objetivo, en un ejercicio muy parecido a lo que, de modo más o menos general, entendemos por utilitarismo (que lejos de las formula clásica de Bentham ofrece, ciertamente, muchas variantes).

Después de todo aún cuando el criterio maximizador del eventual utilitarista presente diferencias con la MRS, las técnicas que ofrece la economía podrían ser de utilidad para conocer las consecuencias y aplicar la propia categoría normativa con total independencia de la MRS u otra categoría afín a los criterios de eficiencia de la economía en general.

Quienes sostienen criterios de tipo “iusnaturalistas” (para generalizar) deberían revisar la posible compatibilidad o incompatibilidad relativa de los criterios de justicia con una regla de eficiencia. Siempre es posible – esa es la idea central de cierto libertarianismo contemporáneo- afirmar que determinadas reglas son justas y que, además, promueven el progreso. Es la idea, central, por ejemplo, en el pensamiento de nuestro Juan B. Alberdi. Para muchos de estos autores la justicia es antes un proceso (de intercambios justos) que un

“resultado” y si esos procesos de intercambio operan sobre la base de las instituciones que hacen posible el mercado, no hay –al menos en principio- muchos problemas en aplicar economía a las instituciones, aunque siempre como regla auxiliar.

Siempre es posible desde luego (atento la alta diversidad de enfoques de esta naturaleza) que se otorgue prioridad a otros valores que, como la equidad, no puedan ser –al menos en principio- fácilmente compatibilizados con un criterio de eficiencia como el expuesto (PAWLOW y SHAVELL).

Creo fundamentalmente interesante el análisis económico para quienes, para decirlo de algún modo, sostienen una concepción esencialmente sociológica de la moral: la moral –en sentido normativo- como expresión de las valoraciones de la mayoría. El mercado, después de todo, es un sistema de donde la gente vota día a día, de un modo muy diferente al que es común en la política, acerca de la producción de bienes y servicios (y de instituciones, incluyendo las jurídicas). (DE SOTO, GHERSI)

Si la descripción positiva del AED es al menos parcialmente correcta, también ciertas instituciones jurídicas pueden ser mejor administradas por procesos consuetudinarios (de mercado) que por decisiones colectivas. (POSNER, LEONI). En otros términos, creo, el AED normativo puede ser fundado tanto como una variante muy estrecha del utilitarismo (que limita las preferencias que cuentan solamente a las pretensiones apoyadas por demandas concretas y efectivas en dinero) o bien –pero de un modo algo más complejo- en posiciones morales que –para simplificar- denominamos sociológicas, en tanto el mercado es un sistema descentralizado de ordenar preferencias. Claro, todavía estaría el problema de admitir que la mayoría admite o al menos admitiría, en el caso de estar bien informados, el mercado como ese mecanismo (quizás prefieran los procedimientos políticos, la burocracia o hasta el azar). En todo caso el estudio sistemático de los métodos de ordenar preferencias y el modo en que las instituciones las afectan (esto es la economía aplicada a las instituciones después de todo) parece parte fundamental de la agenda de quienes creen que la fuente de la moral y el derecho (o del derecho) es y debe ser las preferencias grupales.

Para quienes no creen posible una teoría de la moral (como por ejemplo la importante corriente denominada a veces algo confusamente “emotivistas”), quizás el AED podría tener algún interés, al menos para comprender los procedimientos descentralizados y a veces muy poco intuitivos del modo en el cual, en la práctica, se comportan las instituciones de las cuales dependen la realización de sus propias preferencias (o de las demás en caso de que estas integren la preferencia del analista, etc.).

Es que si no hay moral y luego no hay fundamento del derecho –en el sentido a que hacemos referencia- y lo que cuentan finalmente son simples preferencias, el examen sistemático de las consecuencias al menos podría ilustrar el modo en que las leyes tienden o no satisfacer las mismas. Además, en tanto la economía presenta menores problemas epistemológicos que el derecho en tanto su naturaleza descriptiva y –para la mayoría- esencialmente empírica, podría despejar algunos clásicos recelos del positivismo jurídico actual acerca del modo más generalizado de comprender las leyes, a la vez que dotar al sistema de un enfoque más realista para comprender el siempre complejo fenómeno legal. Seguramente de ello no se sigue moral alguna (el AED no pasa la “guillotina de Hume”),

pero al menos podría quizás ocupar una forma racional de discusión legal demostrable, dejando aspectos valorativos de lado, simplificando así el debate en torno a nuestra apasionante disciplina a la vez con un realismo y con un contenido “sintético” del que carece la lógica aplicada al derecho que (muy útil) –como dice un amigo–: “nunca te llevará a un lugar donde no has estado antes”.¹¹

Quienes simplemente tienen dificultades mayores para reconocer el aporte de la economía al derecho (o a cualquier otra disciplina), probablemente un tipo de deontologismo “muy fuerte” o alguna forma de iusnaturalismo extremadamente dogmático, por ejemplo, al menos siempre les queda la posibilidad de conocer algo similar a lo que bien podríamos llamar “el costo de la moralidad”.

Alchian, Armen A., “Some Economics of Property Rights” [1965], en Armen A. Alchian, *Economic Forces at Work*, Liberty Fund, Indianapolis, 1977.

Alchian, Armen A. y Demsetz, Harold, “El paradigma de los derechos de apropiación” [1973], *Hacienda Pública Española*, N° 68, Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 1981.

Anderson, Elizabeth, “The Ethical Limitations of the Market”, en *Value in Ethics and Economics*, Harvard University Press, pp. 141-167.

Block, Walter, “Ethics, Efficiency, Coasian Property Rights, and Psychic Income: A Reply to Demsetz”, *Review of Austrian Economics*, Vol. 8, N° 2, 1995.

Coase, Ronald H., “The Problem of Social Cost”, 1960, *Journal of Law & Economics*; “El problema del coste social” [1960], en Ronald H. Coase, *La empresa, el mercado y la ley*, Alianza, Madrid, 1994.

Demsetz, Harold, “Ethics and Efficiency in Property Rights”, en *Time, Uncertainty and Disequilibrium: Explorations of Austrian Themes*, Mario Rizzo ed., Lexington Books, Mass. 1979.

Demsetz, Harold, “Hacia una teoría de los derechos de propiedad” [1967], *Libertas*, N° 6, ESEADE., Buenos Aires, mayo de 1987.

¹¹ Expresión de Mark Grady decano de la Escuela de Derecho de George Mason University, conocido centro internacional del Law & Economics.

Demsetz, Harold “Intercambio y exigencia del cumplimiento de los derechos de propiedad” [1964], *Hacienda Pública Española*, N° 68, Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 1981.

Dworkin, Ronald, “¿Es la riqueza un valor?”. *Estudios Públicos 69*, Centro de Estudios Públicos, 1998.

Fried, Charles, *Rigth and Wrong*, 1978.

Kelman, Mark “Legal Economist and Normative Social Theory” en *A Guide to Critical Legal Studies*, Harvard University Press, 1987, pp. 114-150.

Leff, Arthur Alen, “Economic Analysis of Law: Some Realism about Nominalism”, *Virginia Law Review* 60, 1974.

Mercado Pacheco, *El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción Teórica*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1994.

Popper, Karl, *Conjeturas y Refutaciones*. Ed. Paidós, 1991.

Posner, Richard, “Utilitarian Economics, and Legal Theory”, *Journal of Legal Studies*, VII, 1979. Traducido al español como “Utilitarismo, Economía y Teoría del Valor”, *Estudios Públicos n° 69*, 1998, Chile.

Veljanovski, Cento G., “The Economic Approach to Law: A Critical Introduction”, 7 *BRIT. J. LAW & SOCIETY* 158 (1980).