

DERECHOS INICIALES DE PROPIEDAD Y EL CRITERIO DE KALDOR-HICKS: ALGUNOS PROBLEMAS FUNDAMENTALES

Eduardo Stordeur (h)*

La economía puede utilizarse para examinar el derecho a fines tanto positivos como normativos. Una forma particularmente ambiciosa de utilizar la teoría económica en sentido normativo consiste en postular que la eficiencia o algún tipo de bienestar fundado en el análisis económico es el fundamento mismo o principio excluyente que justifica el sistema legal.

En este último caso, el análisis económico abandona su calidad de herramienta analítica para constituirse en una teoría filosófica más del derecho que como tal debe competir con otras explicaciones alternativas. Tal el caso de las respectivas posiciones de autores tan relevantes como Richard Posner, Harold Demsetz, Gordon Tullock, Mathew Adler, Eric Posner, Louis Kaplow & Steven Shavell, sólo para mencionar quizás a quienes con más énfasis han difundido y defendido tan polémica idea¹.

La tesis de que la eficiencia es el fundamento del derecho ha sido y es todavía ampliamente debatida y son varias las objeciones que se han formulado. Este trabajo persigue examinar y presentar algunos argumentos respecto de una de las tantas objeciones expuestas: la imposibilidad o problemas que enfrenta la eficiencia para fundar o definir derechos de propiedad en condiciones iniciales.

En otros términos, tal la objeción, *que la eficiencia puede solo formalmente y en alto grado de abstracción sugerir reglas de derechos eficientes, pero no puede, dada la dependencia del criterio de eficiencia de la distribución inicial de derechos de propiedad, asignar dotaciones de recursos en condiciones iniciales y singulares*. Esto es, puede señalar qué tipo de derechos

* El autor es Investigador *Senior* y Profesor Titular de “Derecho y Economía” en ESEADE y Profesor Adjunto de Economía en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Trabajo presentado como ponencia en el Ier. Congreso Argentino Chileno de Filosofía Jurídica y Social de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. Universidad de Buenos Aires, Septiembre de 2004. Agradezco especialmente los muy valiosos comentarios sobre el tema de Alberto Benegas Lynch (h), Horacio Spector y Gabriel Zanotti, aun cuando, como es evidente, el contenido es exclusiva responsabilidad del autor.

1 Richard Posner, “Utilitarian Economics, and Legal Theory”, *Journal of Legal Studies*, VII, 1979. También, Harold Demsetz, “Ethics and Efficiency in Property Rights”, en *Time, Uncertainty and Disequilibrium: Explorations of Austrian Themes*, Mario Rizzo ed., Lexington Books, Mass. 1979. Para el debate respecto al maximización de la riqueza social tal como fue defendida por Posner en su oportunidad, 8 *Hofstra Law Review* (1980). También Louis Kaplow & Steven Shavell, *Equity vs. Fairness*, Harvard University Press. 2002. Matthew D. Adler & Eric A. Posner, “Rethinking Cost-Benefit Analysis”, 109 *Yale L.J.* 165 (1999).

de propiedad son más o menos eficientes dadas ciertas restricciones pero no puede establecer qué derechos corresponden a determinadas personas².

Creo que el problema no constituye simplemente un caso menor de indeterminación normativa a casos hipotéticos de asignación inicial a derechos de propiedad en situaciones originarias hipotéticas sino, algo más grave, la imposibilidad que enfrenta la economía para fundamentar nuestros más fundamentales derechos *desde las particulares concepciones de la eficiencia examinadas*. Si entendemos por derechos iniciales no sólo aquellos que se asignarían en una situación hipotética donde todavía no se han asignado derechos (al modo de Rawls o Locke), sino además todos aquellos que, como los más fundamentales de las personas (derecho a libertad ambulatoria, al fruto del propio trabajo, etc.) no dependen de previas transacciones, la objeción adquiere mayor relevancia.

Finalmente voy a sugerir que la introducción de un criterio de eficiencia que no distinga entre producción y distribución si bien no resuelve el problema al menos nos puede permitir evaluar la eficiencia de asignaciones iniciales cuando, desde otros principios normativos, estos están ya asignados. Ciertamente aún cuando los criterios de eficiencia distributiva (que examinamos) que aceptan la distinción de MILL de separar producción de distribución son los más utilizados en economía del bienestar no son los únicos y otros criterios no apelan a tal distinción. Tal por ejemplo, el criterio del óptimo en equilibrio de mercado que utiliza la teoría de los precios convencional o el criterio de eficiencia que utiliza la Escuela Austriaca de Economía, sólo para citar dos casos paradigmáticos.

A fines de acotar el trabajo me voy a ocupar fundamentalmente del criterio más utilizado de la economía aplicada al derecho, Kaldor Hicks (en adelante KH), que está en la base misma de la regla normativa del Teorema de COASE y que constituye el criterio fundamental de asignación en la regla de la Maximización de la Riqueza Social, una de las fundamentales reglas normativas del Análisis Económico del Derecho. Por otra parte KH es además la base operativa misma de las más actuales propuestas normativas de autores más contemporáneos como Kaplow & Shavell o el trabajo de Mathew Adler y Eric Posner. De modo que aún cuando el trabajo no supone una objeción general a cualquier tentativa de aplicar normativamente la economía para fundamentar el Derecho, al menos sí impacta en parte importante de las explicaciones formuladas.

I. Breve Introducción a los Criterios Fundamentales de Eficiencia en Economía del Bienestar: Pareto y Kaldor Hicks. El problema en Pareto.

2 En Ronald M. Dworkin, "Is Wealth a Value?", 9 J. Legal Stud. 191 (1980) puede encontrarse un excelente planteo de problema. De un modo más general, también está planteado en Walter Block, "Ethics, Efficiency, Coasian Property Rights, and Psychic Income: a Reply to Demsetz" en *The Review of Austrian Economics*, Vol n° 8, p. 86., 1995. Para un excelente examen de este problema, véase, Horacio Spector, "Self Ownership and Efficiency", en *Justice, Morality and Society*, A Tribute to Alexander Peczenick on the Ocasión of his 60 th. Birthday. 1997. También puede encontrarse una enunciación del problema en Cento G. Veljanovski, "Wealth Maximization, Law and Ethics –On the limits of Economic Efficiency". *Review of Law & Economics* 5, 1981. Para una crítica más general, en este caso respecto al utilitarismo, Hans-Hermann Hoppe, *The Economics and Ethics of Private Property: Studies in Political Economy and Philosophy*. Kluwer. Boston. 1993. P. 206-207.

Los economistas tradicionalmente -desde la “revolución marginalista”, al menos- han intentado medir la utilidad como si está fuese una magnitud cardinal como la temperatura o la distancia. Así, luego del teoría del valor desarrollada -en una de sus versiones por León WALRAS- la idea de “útiles”, concepto a partir de cual se pretendía introducir una unidad de medida mensurable cardinalmente de la utilidad. Modalidad que tenía antecedentes en los clásicos intentos de los utilitaristas clásicos en medir o establecer de alguna forma patrones objetivos para establecer la felicidad o el bienestar. Pero luego se advirtió, fundamentalmente desde la advertencia de Robbins de 1932 y los trabajos de la Escuela Austriaca de Economía, la imposibilidad de *medir* las “utilidades”, las que serían básicamente estados de conciencia no sujetos a mediciones expresables por medio de números cardinales, arribándose -en general- a la aceptación de la consecuente imposibilidad de efectuar cálculos interpersonales de utilidad³.

Puesto en otros términos, la ley de utilidad marginal pone de manifiesto (en líneas muy generales y dejando de lado las importantes diferencias en las respectivas versiones) que a mayor cantidad de un mismo bien la utilidad marginal de la última unidad es la que establece y define el valor de toda la serie de modo que a mayor cantidad de bienes mayor utilidad general pero menor utilidad marginal de la unidad. Está es la explicación, aún hoy, de la pendiente negativa de la curva de demanda que vemos en los libros más comunes de texto: simplemente a mayor cantidad la utilidad marginal descende. Pero es todo cuando podemos, *en principio*, saber respecto al modo en el cual valoramos los bienes y ciertamente no nos autoriza a efectuar cálculos interpersonales de utilidad⁴.

Esta limitación afecta no sólo a la filosofía utilitarista sino además a la economía del bienestar. Si fuese posible “medir” utilidades, entonces, la cuestión de la eficiencia sería básicamente simple: estaría privilegiada aquella alternativa de decisión o regla de derecho que incrementa éstas más que cualquier otra las utilidades. Pero la advertencia de Robbins y las objeciones de la Escuela Austriaca de Economía quedaron establecidas en el pensamiento económico de la época. De hecho, tal parece, buena parte de los intentos actuales de resolver el problema o han fracasado o al menos resultan ampliamente cuestionables, aspecto que no podemos tratar ahora en este trabajo⁵.

Fue así que los economistas adoptaron un criterio de eficiencia que no requiere de comparaciones interpersonales de utilidad: el denominado óptimo de Pareto, en alusión al célebre economista y sociólogo del mismo nombre. Un cambio en la asignación de los recursos es Pareto preferida a otra, cuando consecuencia de la misma hay al menos un ganador y ningún perdedor. Esto es, en A Juan tiene \$ 10 y Pedro \$ 10 y en B Pedro mantiene sus \$ 10 y Juan aumenta su patrimonio a \$ 12. Simplemente Pedro se mantiene tal

3 Para una crítica a la economía del bienestar, véase, Murray N. Rothbard, “Hacia una reconstrucción de la utilidad y de la economía del bienestar”, *Libertas n° 6*, ESEADE, 1987.

4 Para un estudio acerca de las diferentes teorías del valor, véase, Juan Carlos Cachanosky, “Historia de las Teorías del Valor I y II”, en *Libertas* nros. 20 y 21, ESEADE, 1994. La formulación de la teoría del valor en la concepción de Jevons y Walras (padre del análisis de equilibrio) difiere de la formulación paralela de Carl Menger, en tanto las primeras permiten cierta visión “objetiva” del valor.

5 Murray N. Rothbard. “Hacia una reconstrucción de la utilidad y de la economía del bienestar”, *Libertas n° 6*, ESEADE, 1987.

como está y Pedro aumenta su utilidad. El óptimo de PARETO, a su vez, supone una situación donde cualquier cambio implicaría al menos un perjudicado. PARETO ciertamente, evita el problema de las comparaciones interpersonales de utilidad y evita así la objeción de Robbins⁶.

El criterio de Pareto tiene sus propios problemas que no vamos a desarrollar en este trabajo. Digamos simplemente que un problema es su muy limitada aplicabilidad al ámbito social donde la mayoría de las decisiones parecen implicar no sólo ganadores sino además, también, perdedores. De hecho Pareto es un criterio muy conservador que poco o muy poco dice y que tiene demasiada dependencia de la distribución inicial de los derechos de propiedad. Si en el estado A al menos la mitad de la gente es esclava es posible –de hecho más que posible seguro- que pasar a una situación B donde ninguna persona sea esclava resultaría un movimiento PARETO no preferido, en tanto algún esclavista podría objetar el cambio y definirse como perdedor. De modo que alguna combinación de esclavos - hombres libres sería la situación óptima desde el punto de vista de Pareto.

Creo que el análisis antecedente ilustra perfectamente la fuerte dependencia del criterio de Pareto respecto de la dotación inicial de los recursos. Pareto no puede, por demás, evaluar la mayor o menor eficiencia de dos diferentes asignaciones de derechos de propiedad iniciales, sino tan solo cambios *dada* cierta distribución inicial. Como señala White, preguntarse si la situación A donde no hay esclavos es más eficiente que la situación B donde hay esclavos, en condiciones originales, no tiene sentido: Pareto es una regla que compara una situación distributiva *dada* cierta estructura inicial de derechos de propiedad. Y como hemos visto, aún suponiendo posteriores cambios, es una regla que depende fuertemente de la dotación inicial de derechos de propiedad⁷.

De modo que nada o muy poco podemos decir desde Pareto respecto de los derechos iniciales de propiedad al mismo tiempo que el criterio tiene fuerte dependencia de la dotación inicial de los derechos.

Así por ejemplo Pareto como regla normativa no puede decirnos sí un estado A donde hay libertad de expresión reporta más utilidad a un estado B donde no hay libertad de expresión, en tanto ambos son estados iniciales. Claramente, si extendemos el análisis a posteriores transacciones, además, en B es probable que si la libertad de expresión de algunos pertenecen a otros, entonces, el óptimo se cumpla en alguna distribución que implique al menos que algunos todavía no tienen libertad de expresión.

Pero el problema general más destacado de la regla de Pareto y que nos lleva a KH en forma directa son sus enormes restricciones: requiere de ausencia de perdedores, esto es de unanimidad, y al menos en la gran mayoría de los casos las decisiones sociales (aun aquellas que estimaríamos eficientes y moralmente plausibles) muchas veces suponen necesariamente perdedores. Tal problema es fundamental en el Análisis Económico del Derecho donde la

6 Todo esto es tan conocido en teoría económica que se puede encontrar en cualquier libro especializado.

7 Véase el excelente trabajo de Lawrence White, “Can we rank slavery against free labor in terms of economic efficiency?”, en el sitio, cniss.wustl.edu/workshoppapers/whitepaper.pdf.

decisiones sociales suponen, al menos cuando los casos llegan a Tribunales, costos de transacción positivos y costos externos.

La solución a esta limitación fuerte de Pareto es KH que ofrecería, vía Teorema de COASE, en principio, una solución al problema de la asignación inicial de los recursos y que al mismo tiempo permite integrar a los perdedores siempre que estos pudieran ser hipotéticamente compensados por los ganadores y por lo tanto también denominado, es el criterio Potencial de Pareto o de la Compensación Potencial.

KH es, en la práctica, el criterio más utilizado en Análisis Económico del Derecho, aunque con diferencias sustanciales respecto del peso filosófico que se le asigna a la regla para definir la validez de las decisiones sociales. Mientras en Coase y en Posner la regla parece definir la eficiencia y -en el caso de los primeros trabajos de este último autor- la moralidad misma de las decisiones, no sucede lo mismo en otros autores que, como Pavlow & Shavell, simplemente tiene valor instrumental en la idea de que aplicar KH es un buen falso blanco del bienestar general.

II. El problema en el criterio de la Maximización de la Riqueza Social y en Kaldor Hicks.

El Análisis Económico del Derecho en la versión de la Maximización de la Riqueza Social ⁸ 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.

Posner fue quien en su momento (hoy adopta una especie de pragmatismo fundado en un vago utilitarismo) con mayor énfasis defendió la MRS como principio normativo para validar moralmente las reglas jurídicas y –según él- con amplias ventajas respecto del utilitarismo convencional y del deontologismo (que denomina, de modo algo confuso, “teorías kantianas”)⁹.

La defensa más sofisticada de Posner suponía –en muy resumidas cuentas- que el MRS se fundaba en Pareto y en tanto este criterio suponía unanimidad la base operacional del criterio

8 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 abandonan 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). Igualmente contemporáneamente el Law & Economics asiste un proceso de explosión en muchas direcciones diferentes de estudios.

9 El comentario que sigue en este capítulo se corresponde con el debate entre Richard Posner y Ronald Dworkin en, Posner, “Utilitarianism..” op.cit. y Ronald M. Dworkin, “Is Wealth a Value?”, *9 J. Legal Stud.* 191. (1980).

era el consentimiento y por ello la autonomía de la voluntad. Sin embargo su defensa no fue exitosa. Del fundamental debate publicado en *8 Hofstra Law Review 1980*, surge al menos que: (1) la MRS no utiliza Pareto sino Kaldor Hicks. (2) Que dado que KH implica perdedores no es posible suponer consentimiento por parte de estos, al menos no de modo consistente. (3) Que KH tiene sus propios problemas en particular la reintroducción de los cálculos interpersonales de utilidad y los problemas derivados de la paradoja de SCITOVSKY, entre otros.

En efecto la MRS es KH: supone que cuando hay altos costos de transacción debe asignarse el derecho de propiedad a la parte que lo habría adjudicado en un mercado sin costos de transacción, aquella que puede hacer un uso más eficiente del recurso que la parte “perdedora”. La MRS en realidad es una aplicación de la regla normativa de Coase que a su vez se funda en KH.

La regla KH supone que una situación B es eficiente en términos de KH con relación a otra A cuando en B los ganadores pueden compensar hipotéticamente a los perdedores y todavía seguir siendo ganadores. Supone una ganancia “neta” en utilidad aún cuando hay perdedores. Si bien más amplia que Pareto implica re introducir el problema de la comparaciones interpersonales de utilidad al margen de que arrastra otros problemas que no viene ahora al caso examinar.

Veamos su aplicación en Posner. Este autor en su primera defensa de la MRS afirmó que cada cual compraría los derechos iniciales de propiedad y aquellos fundamentales a la personalidad como el derecho al fruto del propio trabajo en un mercado hipotético. Dworkin puso en jaque la tesis de POSNER. Advirtió que sin derechos no era siquiera posible pensar en que alguien podría comprar siquiera en tanto comprar implica transferir derechos de propiedad. Pero de un modo más significativo argumentó que aún suponiendo la posibilidad de comprar, dadas ciertas condiciones, las personas no podrían adquirir los derechos fundamentales (como el derecho al fruto del propio trabajo) si es que estos eran adjudicados a otras personas. Pone el ejemplo de Agatha, una notable escritora de novelas policiales, que es asignada en propiedad originariamente a Sir George quien maximizando su ingreso monetario exige a está al máximo de su productividad marginal. Claramente si Agatha opera al máximo de su productividad marginal y no cuenta con adicionales ahorros (lo que es bastante probable teniendo en cuenta su calidad de esclava) no podrá financiarse en el mercado del crédito para comprar su libertad ya que se le exigirá al menos lo mismo que debe pagar a Sir George más los intereses, y el capital es igual a la productividad marginal de AGATHA. Más allá de si AGATHA podría o no comprar su libertad, Dworkin y White sugieren cierta imposibilidad, parece evidente que la diferente dotación inicial de derechos de Agatha tiene efecto en su capacidad de demanda y que el análisis de la eficiencia en la asignación no es una regla independiente de la asignación inicial de derechos de propiedad. Tampoco es independiente, en consecuencia, de las propiedades normativas de dicho estado inicial. Si un estado inicial A incluye la esclavitud C, entonces, la regla de la eficiencia E, no es independiente de A-C.

Spector, por ejemplo, destaca el siguiente caso que ilustra perfectamente el problema central de este trabajo. Posner ha argumentado que actualmente (es decir modificando su argumento anterior) la esclavitud no es eficiente con la sola excepción quizás del trabajo en los

regimenes Nazis y siempre que no tengamos en cuenta la disminución de utilidad de los esclavos. Pero en tanto la eficiencia se revela por medio de la propensión a pagar y los esclavos en el régimen Nazi no contaban siquiera con activos para conformar demanda, ¿en que sentido debe entenderse la eficiencia que Posner reconoce en la esclavitud Nazi?¹⁰.

En realidad la eficiencia puede aplicarse a reglas formales y muy generales que establecen determinadas estructuras muy generales de derechos de propiedad y otras reglas normativas (como determinados tipos de responsabilidad), por lo cual es un criterio interesante de normatividad una vez que partimos de otros criterios normativos que establezcan derechos de propiedad. Sin embargo no puede establecer quien tiene derecho específicamente a determinados recursos y la dotación de recursos afecta la regla de asignación del criterio de eficiencia de manera dramática, tanto en Pareto como en KH. Creo que, en principio, no se trata solo de un criterio de indeterminación parcial de la regla normativa sino de un problema relativamente serio de incompletitud: la regla de la eficiencia, necesita, entonces, de otros criterios, para definir derechos en condiciones iniciales.

Es que poco podemos decir desde la eficiencia respecto a la dotación inicial de derechos de propiedad. Nuevamente en el caso de la esclavitud: ¿en que sentido podemos afirmar que la esclavitud fue o es mas o menos eficiente o ineficiente que el trabajo libre?. En ningún sentido si es que la regla que determina la eficiencia depende de la propensión a pagar y concluimos – como parece plausible- que está necesariamente está afectada por la dotación inicial de recursos, es decir, por los derechos iniciales.

No viene al caso ahora profundizar, sin embargo, el análisis del caso de la esclavitud. En el título que sigue voy a presentar el problema a mayor nivel de abstracción llevando el problema a la regla tanto normativa como positiva misma del Teorema de Coase, utilizando fundamentalmente un argumento y caso expuesto (aún con otros fines) por Walter Block.

III. El problema en Coase.

El origen o fundamento teórico fundamental del AED en general, pero normativo en particular, parte del trabajo de Coase. En su célebre “El Problema del Coste Social” (1960) funda las bases del moderno Análisis Económico del Derecho, tanto positivo como normativo¹¹.

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.

10 Horacio Spector, “Self Ownership and Efficiency”, en *Justice, Morality and Society*, A Tribute to Alexander Peczenick on the Ocasión of his 60 th. Birthday. 1997. p.363.

11 Ronald H. Coase, “The Problem of Social Cost”, 1 *Journal of Law & Economics*, 1960.

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 las partes resuelven problemas de costos externos de modo privado y eficiente. Si A tiene el derecho sobre X y este es más valorado por B, entonces, sin costos de transacción, el recurso pasa a manos de X y en mutuo beneficio. Como “una mano invisible” los intereses privados confluyen en la resolución de los costos externos y en la asignación consiguiente de los derechos de propiedad.

Un ejemplo, puede ilustrar fácilmente la conclusión fundamental de Coase. Utilicemos el clásico ejemplo del médico y el músico. 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 que no están compensados o incluidos en el sistema de precios. Para Coase, la externalidad (el costo externo) 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.

Simplificando las supuestos, 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: supongamos produce un renta de \$ 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 renta es 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 su 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 médico 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. 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.

Ahora bien, 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. De hecho en muchos casos es posible que los costos de transferir derechos sean superiores al excedente de la

contratación, esto es, a las ganancias conjuntas estimadas por las partes. En el caso aún cuando B valore en \$ 10 más que A el bien X, si los costos de negociar superan los \$ 10 el recurso simplemente queda en manos de A, aún cuando esto es, dados los términos de COASE, ineficiente. 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. En el ejemplo, el derecho sobre X debe asignarse inicialmente a B.

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 idea va a ser resolver el asunto del modo más eficiente, como si lo hubieran hecho las partes, es decir asumiendo la inexistencia de costos de transacción.

Podemos identificar ahora un primer problema en COASE en su versión positiva de la cual, como vamos a ver, depende su regla normativa. Para poner evidencia el problema voy alterar ligeramente un ejemplo expuesto, a otros fines, por el economista Walter Block¹².

Regresemos al primer caso expuesto inicialmente para introducirnos a Coase. Supongamos nuevamente que B valora el bien X mas que A. Supongamos que A es el titular del derecho. Supongamos que, además, y para completar el cuadro de condiciones que exige Coase que no hay costos de transacción, es decir, que estos son iguales a cero. Supongamos que A cuenta con más recursos, dada cierta distribución inicial de derechos, que B. Supongamos que dada esa misma distribución de derechos, B no cuenta con recursos suficientes para expresar por medio de su propensión a pagar cuanto valora el bien X. Simplemente aún con costos de transacción iguales a cero el bien X no pasa de las manos de A hacia las de B. Otra distribución inicial de recursos, por cierto, hubiese determinado claramente otro resultado en la asignación: Si B fuese el titular de X, A sencillamente no podría comprarlo puesto que A es quien más valora el derecho. Pero dado que no le fue asignado, entonces, A no lo puede sencillamente adquirir. De modo que la distribución originaria de derechos de propiedad *si* afecta la distribución posterior, aun suponiendo costos de transacción iguales a cero. Esto en tanto la fuerte dependencia de la dotación inicial de derechos de propiedad.

En el ejemplo, si el derecho se asigna al Sr. A entonces queda en poder de A y por el contrario si el derecho se asigna inicialmente a B, entonces, queda en manos B. De modo que al menos no en todos los casos puede afirmarse que la asignación inicial de los recursos es irrelevante para la asignación eficiente de los recursos¹³.

Queda evidente que la regla normativa de Coase se deriva del regla positiva de asignación enunciada con anterioridad. La regla tiene evidentemente problemas, de hecho los mismos que examinamos antes con motivo de KH (después de todo es KH): la dotación inicial de

¹² Walter Block, op.cit.

¹³ No está muy claro si el “efecto riqueza” está o no previsto a implícitamente en el Teorema de Coase. Para una discusión, véase el debate entre Walter Block y Harold Demsetz en *Libertas nro. 37*, ESEADE, p. 5-227.

derechos afecta la riqueza de la gente y la propensión a pagar es función de la dotación inicial de los derechos. Además, la regla normativa, que manda a simular al mercado es básicamente una regla derivada de la regla positiva y está requiere de derechos iniciales de propiedad. Por otra parte la sola noción de costos de transacción no tiene sentido sin la previa de derechos de propiedad en tanto estos son costos asociados a la transferencia de derechos de propiedad. Entonces la regla opera solamente *dada* cierta estructura de derechos de propiedad no sólo por cuestiones operativas sino además analíticas que hacen a la consistencia del planteo teórico¹⁴.

Si en el ejemplo X es su propia libertad, entonces, B queda esclavo en tanto su dotación inicial de derechos de propiedad tiene “efecto riqueza” sobre él que a su turno afecta su capacidad de demanda impidiendo que compre su libertad de A.

Cosase, como afirma White, implica una tentativa de superar el problema de la asignación inicial de derechos desde Kaldor Hicks. Pero cómo hemos visto tiene problemas: si vamos a juzgar la eficiencia en cuanto la gente esta dispuesta a pagar, sea actual o hipotéticamente por ciertos y determinados derechos, todavía nos enfrentamos al problema de que la dotación inicial de recursos (es decir los derechos iniciales) tienen incidencia directa en la propensión a pagar de los individuos de modo tal que la regla de eficiencia (en el supuesto KH que nos interesa) no es un criterio normativo independiente de la estructura de derechos de propiedad.

IV. Conclusiones.

La eficiencia en las versiones distributivas de Pareto y Kaldor Hicks no constituyen criterios independientes que permitan asignar derechos en condiciones iniciales sólo desde la eficiencia. En tanto los derechos iniciales refieren a aquellos que no dependen de transacciones previas y tal es el caso con muchos de nuestros más fundamentales derechos no patrimoniales en sentido estricto, la regla de la eficiencia en la versión KH tiene problemas para fundar derechos muy elementales e intuitivos de filosofía moral y política.

Claramente que es posible modificar el criterio de eficiencia utilizado y alejándonos de la teoría económica del bienestar introducir *otros criterios que tengan en cuenta no sólo los aspectos distributivos sino además productivos y algo más podríamos decir desde la eficiencia respecto de los derechos iniciales de propiedad.* Pero, creo, dada la generalidad y alta abstracción de los criterios de eficiencia no sería posible establecer y definir derechos de propiedad más que un sentido formal y muy general¹⁵. Puedo, siguiendo los trabajos de Demsetz y Alchian (y de toda la “economía de los derechos de propiedad”, en general) afirmar que bajo condiciones de escasez el derecho de propiedad privada es más eficiente que la propiedad comunal, siempre que los costos de establecer derechos sean menores a los beneficios esperados del nuevo diseño institucional, pero muy difícilmente pueda quizás

¹⁴ Véase mi trabajo “Elementos Primarios de la Teoría de los Precios y su aplicación al Derecho: algunas consideraciones preliminares”, en la página del Departamento de Investigaciones de ESEADE.

¹⁵ Véanse las muy interesantes consideraciones respecto del tema de Horacio Spector, en *79 Chicago – Kent Law Review*, 2004, p. 353-354, respecto del problema en referencia a nociones más generales del bienestar.

establecer qué derechos corresponde a cada cual¹⁶. Sería posible, por ejemplo, utilizando el criterio de eficiencia clásico de la teoría de los precios que indica que bajo determinadas condiciones (que no son del todo independientes de la distribución de derechos de propiedad) sugerir que una concentración inicial de la propiedad en pocos actores podría implicar una situación quizás ineficiente (por ejemplo, un caso de monopolio).

Pero el análisis económico de derechos iniciales, una vez establecidos desde otra teoría normativa de filosofía política o legal, pueden ser objeto de análisis económico. En efecto, yendo aún más lejos, creo que introducir otros criterios de eficiencia que no distingan entre productividad y distribución permitiría establecer la mayor eficiencia de una dotación originaria de derechos de propiedad determinada que otra. Entiendo, por ejemplo, que los sistemas de propiedad que hacen depender derechos naturales de uno inicial, como la propiedad sobre uno mismo (tal el caso de Locke o Nozick) y hacen depender la propiedad de una posterior ocupación o trabajo es más eficiente que una dotación inicial igualitaria en tanto es *eficiente que los ingresos estén vinculados inicialmente a la productividad marginal del trabajo* de cada cual por elementales consideraciones de la mayor productividad derivada de la división del trabajo y el marco de incentivos que provee al primer ocupante o al trabajador. Creo además que de ello se sigue, vía la mayor productividad de la división del trabajo, en mejoras relativas vía mayores dosis de capital para todos o al menos para la mayoría de los miembros de la comunidad quizás cumpliendo al menos en parte el principio de diferencia de Rawls. Pero el análisis de estos extremos exigirían otro trabajo específico de más largo aliento.

¹⁶ Para una introducción a los principales conceptos de la Economía de los derechos de propiedad, nada mejor que ir a los trabajos fundamentales: Armen A. Alchian, "Some Economics of Property Rights" [1965], en Armen A. Alchian, *Economic Forces at Work*, Liberty Fund, Indianapolis, 1977. Louis De Alessi, "Development of the Property Rights Approach", en Eirik G. Furubotn y Rudolf Richter, *The New Institutional Economics: A Collection of Articles from the Journal of Institutional and Theoretical Economics*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1991, p. 50. Harold Demsetz, "Hacia una teoría de los derechos de propiedad" [1967], *Libertas*, N° 6, Buenos Aires, mayo de 1987, p. 93 y ss.. Armen A. Alchian y Harold Demsetz, "El paradigma de los derechos de apropiación" [1973], *Hacienda Pública Española*, N° 68, Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, p. 322.