

Derechos iniciales de propiedad y eficiencia: un problema para el análisis económico del derecho normativo

Eduardo Stordeur (h)*

RESUMEN

En el ámbito del Análisis económico del Derecho se ha planteado que la eficiencia constituye bien podría plausiblemente construir el fundamento del sistema legal y las instituciones. Este artículo examina los problemas que enfrentan los criterios normativos más frecuentes de la Economía Normativa en general y el Análisis Económico del Derecho en particular, para fundar derechos de propiedad en condiciones iniciales, derechos, en suma, que no han sido todavía objeto de transacciones.

Palabras clave

Análisis Económico del Derecho - Filosofía del Derecho -Teorema de Coase- Criterios de eficiencia - Derechos iniciales de propiedad-

ABSTRACT

Within the scope of the Economical Analysis of Law, it has been expounded that efficiency constitutes or rather, could plausibly constitute the basis of the legal system and institutions. This article examines the problems that face the most frequent normative criteria of Normative Economics in general, and the Economical Analysis of Law in particular, in order to found property rights at initial conditions: rights that all in all, have not yet been an object to transactions

* Investigador Sénior y Profesor Titular de "Derecho y Economía" en ESEADE. Buenos Aires, Argentina. Profesor de grado y posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y Becario de la Fundación Hayek de Buenos Aires, Argentina. Correo electrónico: eduardo_stordeut@yahoo.com.ar

INTRODUCCIÓN

La economía puede utilizarse para examinar el derecho con 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 uso, el análisis económico abandona su calidad de herramienta analítica para constituirse en una teoría filosófica más del derecho y como tal debe competir con otras explicaciones alternativas. Tal el caso de las respectivas posiciones de autores tan relevantes como Richard Posner, Harold Demsetz, Cordón Tullock, Mathew Adler, Eric Posner, Louis Kaplow y 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 alguno- argumentos respecto de una de las tantas objeciones expuestas: la imposibilidad o problemas que enfrenta la versión de eficiencia más utilizada en Derecho (Kaldor Hicks) para fundar o definir derechos de propiedad en condiciones iniciales, en otros términos se sugiere que la eficiencia puede solo formalmente 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 de propiedad son más o menos eficientes dadas ciertas- restricciones, pero no puede establecer que derechos corresponden a determinadas personas en particular².

Creo que el problema no constituye simplemente un caso menor de indeterminación normativa a casos hipotéticos de asignación inicial de derechos de propiedad en situaciones originarias hipotéticas sino algo más grave. La imposibilidad que enfrenta la economía para fundamentar nuestros más fundamentales derechos desde el criterio más utilizado en economía normativa. 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.

El punto es, ¿qué rango de plausibilidad podemos reconocer en una teoría normativa de derecho que no está en capacidad de explicar, por ejemplo, algo tan básico e intuitivo como los derechos que la gente tiene sobre el fruto de su propio trabajo, su libertad y otros derechos fundamentales como la libertad de expresión. Sin embargo cabe la aclaración: no creo que este argumento sea

igualmente válido para cualquier tentativa de fundar el derecho o las instituciones sobre la base de la eficiencia. De hecho, sólo nos ocupamos del criterio más difundido y utilizado en economía del bienestar y análisis económico del derecho normativo. Kaldor Hicks, pero otras explicaciones podrían tal vez (esto queda para un trabajo posterior) ser inmunes a este tipo de problemas.

Sin embargo, el ámbito de aplicabilidad de la objeción es bastante amplio. No solo Kaldor Hicks (en adelante KH) es el criterio más utilizado en Economía aplicada al Derecho, sino que además –como vamos a ver– esta en la base misma de la regla normativa del Teorema de Coase, marco teórico fundamental tanto del Análisis Económico del Derecho positivo como Normativo. Además el conocido principio normativo de la “Maximización de la Riqueza Social” de Posner es en esencia una aplicación de Kaldor Hicks que es también la base operativa misma de las más actuales propuestas normativas de autores más contemporáneos como Kaplow y Shavell o Mathew Adler y Eric Posner, entre otros. De modo que aun cuando el trabajo no supone una objeción general a cualquier tentativa de aplicar normativamente la economía para fundamentar el Derecho, al menos si impacta en parte importante de las explicaciones formuladas.

Finalmente. sólo como propuesta de investigación, 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 o criterios normativos éstos están ya asignados. Kaldor Hicks, al igual que Pareto, es un criterio “distributivo” de eficiencia y no productivo. Entendemos que introducir al análisis algún criterio que no distinga entre eficiencia en la producción y la distribución en otros términos, que no acepte o utilice la clásica distinción de John Stuart Mill entre ambos permite, quizás, afirmar mucho más acerca de la eficiencia en condiciones iniciales de asignación de derechos de propiedad. Tal sería el caso si introducimos, por ejemplo, criterios afines al óptimo del equilibrio de mercado que utilizan los modelos de competencia perfecta o bien el criterio de eficiencia afín a la Escuela Austríaca de Economía o bien otros alternativos.

I. EL PROBLEMA EN PARETO

Los economistas tradicionalmente, al menos desde la “revolución marginalista” han intentado medir la utilidad como si ésta fuese una magnitud cardinal con unidades identificables y mensurables (tal el caso de la temperatura o la distancia, por ejemplo). Modalidad que tenía antecedentes, ciertamente, en los primeros intentos de los utilitaristas clásicos en medir o establecer patrones objetivos para definir en términos cuantitativos la felicidad o el bienestar. Tales operaciones no eran sencillas, era necesario –simplificando el problema– efectuar comparaciones interpersonales de utilidad: comparar la utilidad del señor A con la del señor B. De hecho, luego se advirtió, fundamentalmente desde la advertencia de Robbins en 1932, el desarrollo del positivismo y los trabajos de la Escuela Austríaca de Economía, la imposibilidad de medir las “utilidades”, las que serían

básicamente estados de conciencia no sujetos a mediciones y no expresables en forma cardinal, arribándose –al menos 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. Esta es la explicación, aún hoy, de la pendiente negativa de la curva de demanda tal como aparece graficada en los libros más comunes de texto: simplemente a mayor cantidad, la utilidad marginal “de la unidad” desciende. Pero es todo cuanto 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 cualquiera otra las utilidades. Pero la advertencia de Robbins y las objeciones de la Escuela Austríaca 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, cuestión que excede los límites de 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 (léase “más eficiente” que otra) cuando, consecuencia de la misma hay al menos un ganador y ningún perdedor.

Esto es, en el estado del mundo “A”, Juan tiene \$10 y Pedro \$10 y en el estado del mundo “B”, Pedro mantiene sus \$10 y Juan aumenta su patrimonio a \$12. Simplemente Pedro se mantiene tal como está y Juan 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.⁶ Un óptimo de Pareto consiste en un estado de cosas o estado del mundo en el cual no es posible ninguna otra distribución sin afectar al menos la utilidad de una persona. Un óptimo de Pareto supone un estado de cosas X donde no hay ningún otro estado de cosas preferido, en los términos que hemos señalado.

El criterio de Pareto tiene sus propios problemas y atractivos que no viene ahora al caso examinar. Digamos simplemente que una muy generalizada y plausible objeción es su muy limitada aplicabilidad al ámbito social donde la mayoría de las decisiones implican 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 algunos son esclavos, no podemos pensar en un movimiento "Pareto Preferido" sin que al menos algunos mantengan su situación de servidumbre, siempre algún esclavista podría legítimamente considerarse "perdedor" y objetar la aplicación de una regla que incluya la libertad de todos. 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 o derechos iniciales de propiedad.

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, aún admitiendo posteriores transacciones o distribuciones alternativas, el criterio tiene fuerte dependencia de la dotación inicial de los derechos.

Así por ejemplo, Pareto como regla normativa no puede decirnos si 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 pertenece a otros, entonces, el óptimo se cumpla en alguna distribución que implique al menos que algunos todavía no tengan 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 las 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 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 para los cuales -como Pavlow y Shavell- simplemente tiene valor instrumental en la idea de que aplicar KH es un buen falso blanco para incrementar el bienestar general.

Kaldor Hicks enfrenta diferentes problemas que no voy a analizar ahora: uno de ellos es que reintroduce el problema de las comparaciones interpersonales de utilidad: supone que un dólar o peso vale lo mismo para todos y ello es arbitrario desde cualquier versión de teoría del valor vigente. Sin embargo, otro problema, el que nos interesa, es que tampoco puede definir derechos de propiedad en condiciones iniciales.

II. EL PROBLEMA EN KALDOR HICKS Y EN LA “MAXIMIZACIÓN DE LA RIQUEZA SOCIAL”

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 fundamentalmente, debería ser un sistema de reglas destinadas a maximizar la riqueza social, medida en términos de 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 con el uso y disposición de recursos escasos los que, para cumplir con el ideal de la eficiencia, deben quedar en manos de quienes son mas 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 “Maximización de la Riqueza Social” 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 contuso, “teorías kantianas”⁹.

La defensa más sofisticada de Posner suponía -en muy resumidas cuentas- que la ‘Maximización

de la Riqueza Social' admitía algunos de los atractivos de la regla de Pareto y en tanto este criterio suponía unanimidad, la base operacional del criterio 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 "Maximización de la Riqueza Social" no utiliza Pareto sino KH. (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 Scivosky, entre otros. Por demás, como señaló Dworkin no quedaba claro por qué la riqueza debía considerarse un valor.

En efecto la "Maximización de la Riqueza Social' 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". En suma, asignar allí donde hay un "beneficio social' neto en la utilización del recurso. El principio de Posner (de amplia utilización en la práctica más allá de sus problemas filosóficos no es –como vamos a ver– más que la aplicación de la regla normativa del "Teorema de Coase" que a su vez se funda en KH.

La regla KH supone que un estado de cosas "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" aún cuando hay perdedores. Si bien más amplia que Pareto, implica introducir nuevamente 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 respecto del tema de este trabajo. Este autor, en su primera defensa sistemática de la "Maximización de la Riqueza Social", 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.

Ilustra el caso como sigue: Agatha, una notable escritora de novelas policiales es asignada en propiedad originariamente a Sir George quien, maximizando su ingreso monetario, exige a ésta 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 su productividad marginal. 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 inclina 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 que examinamos en 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 regímenes 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 qué sentido debe entenderse la eficiencia que Posner reconoce en la esclavitud Nazi? De hecho este autor sugiere que la regla de la eficiencia no es un criterio atractivo para la asignación de nuestros derechos fundamentales¹⁰.

La eficiencia puede aplicarse, de modo más consistente a reglas formales y estructurales que establecen reglas muy generales de derechos de propiedad y otras reglas normativas como determinados tipos de responsabilidad) por lo cual es un criterio interesante de normativa una vez que partimos de otros criterios que –lejos de la eficiencia– establezcan derechos de propiedad. Sin embargo, no puede establecer que 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, en principio, no se trata solo de un caso de indeterminación 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 de la dotación inicial de derechos de propiedad. Nuevamente en el caso de la esclavitud: ¿en qué sentido podemos afirmar que la esclavitud fue es más o menos eficiente 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 ésta 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 en mayor nivel de abstracción tal como se plantea tanto en la regla normativa y positiva fundamental del Teorema de Coase Con esa finalidad voy a utilizar

un argumento y caso expuesto, con otra finalidad, por él economista Walter Block. Quiero sugerir que, aún cuando el Teorema de Coase supone por definición una salida a el problema de los derechos iniciales (siempre que los costos de transacción sean suficientemente bajos), no resuelve el problema, dadas determinadas condiciones que voy a examinar

III. EL PROBLEMA EN EL TEOREMA DE COASE

El origen o fundamento teórico del AED en general pero normativo en particular, parte del trabajo de Coase. En fin 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, en el mundo, tal y como lo suponen los teóricos de la economía neoclásica, un mundo donde contratar es gratuito, hay plena información por parte de los agente- económicos y donde los derechos de propiedad (o mejor derechos de apropiación) se suponen manados de modo tal que sea definible quién puede hacer uso de tal o cual recurso o en su defecto quién debe pagar a quién 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 quién 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 eficiente. Si A tiene el derecho sobre X y éste 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 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 lo mas 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 éste 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.

Un (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 el de la sociedad el derecho paso a manos del músico.

De modo que no importa la asignación inicial de recursos- sin costes de transacción y asignación inicial de 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 aun 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, aun cuando esto es, dados los términos de Coase ineficiente. Si la finalidad del derecho es la eficiencia, ¿cuál es la conclusión lógica? Los derechos deben asignarse allí donde éstos pueden ser utilizados en forma más 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, simulando el 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, el criterio normativo aplicable es simular el mercado, asignar allí el derecho (o la responsabilidad) allí donde los hubiese asignado el mercado en condiciones ideales, 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 en evidencia el problema voy alterar ligeramente un ejemplo expuesto, con otros fines, por el economista Walter Block¹².

Regresemos al primer caso expuesto inicialmente. Supongamos nuevamente que B valora el bien X más que A. Supongamos que A es el titular del derecho. Supongamos que, además, y para completar el cuadro de condiciones que exige Coase la inexistencia de costos de transacción. 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 cuánto 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 otro resultado en la asignación: si B fuese el titular de X, A sencillamente no podría comprarlo puesto que B es quien más valora el derecho. Pero dado que no le fue asignado, entonces, B 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 señor 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 recursos.¹³

Queda evidente que la regla normativa de Coase se deriva del regla positiva de asignación enunciada con anterioridad. La regla tiene, ciertamente, problemas, de hecho, los mismos que examinamos antes con motivo de la “Maximización de la Riqueza Social” (después de todo ambos son aplicaciones de KH): la dotación inicial de 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 el mercado, es básicamente una regla derivada de la regla positiva y ésta 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 teórico.¹⁴

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

Coase como afirma White, implica una tentativa de superar el problema de la asignación inicial de derechos desde Kaldor Hicks. Pero como hemos visto tiene problemas: si vamos a juzgar la eficiencia en cuánto la gente está dispuesta a pagar, sea actual o hipotéticamente por ciertos y determinados derechos, todavía nos enfrentamos al problema de la fundamental incidencia de los derechos iniciales de propiedad respecto de la capacidad de demanda o propensión a pagar, base de la regla de adjudicación en Coase ten KH y en la “Maximización de la Riqueza Social”). De modo que KH, y sus variantes examinadas, no constituye un criterio independiente para asignar derechos de propiedad.

IV. CONCLUSIONES

La eficiencia en las versiones distributivas de Pareto y Kaldor Hicks no constituye criterio independiente que permita asignar derechos en condiciones iniciales sólo desde la eficiencia, y el Teorema de Coase no presenta una solución completa al problema. En tanto los derechos iniciales se 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.

Claro que es posible modificar el criterio de eficiencia utilizado y alejándonos de la teoría económica del bienestar e introduciendo 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 en un sentido formal y muy general.¹⁵ 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 establecer qué derechos corresponden a cada cual¹⁶. Sería posible, por ejemplo, utilizando el criterio de eficiencia clásico de la teoría de los precios, sugerir que una concentración inicial de la propiedad en pocos actores podría implicar una situación quizás ineficiente (un caso de monopolio) o que el establecimiento de determinado tipo de derechos lleva a situaciones no eficientes

Pero la inversa es posible: una vez establecidos derechos desde otra teoría normativa de filosofía política o legal pueden ser objeto de análisis económico. Quizás la introducción de otros criterios de eficiencia que no distingan entre productividad y distribución permitirían establecer la mayor eficiencia de una dotación originaria de derechos de propiedad determinada que otra.

Quizás, por ejemplo, sería plausible afirmar que los sistemas normativos que fundan el derecho de propiedad en el trabajo o la ocupación (tal el caso de Locke o Nozick) constituyen principios asignativos de derechos de propiedad iniciales más eficientes que aquellos principios que suponen una distribución más equitativa (Dworkin, por ejemplo), en tanto es “productiva y distributivamente” eficiente que los ingresos estén vinculados inicialmente a la productividad marginal del trabajo de cada individuo. Esto último en tanto la ocupación y el trabajo garantizan capturar el mayor valor del propio esfuerzo y las mejores condiciones que establece para una truel itera división del trabajo, entre otros argumentos que no podemos ahora examinar. Sin embargo, tal cuestión plantea otros problemas que quedan para un trabajo de más largo aliento sobre la materia.

CITAS

- ¹ Véase, Richard Posner, “Utilitarian Economics, and Legal Theory”, 7 *Journal of Legal Studies* (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), donde se incluyen varios trabajos sobre el tema. También Louis Kaplow & Steven Shavell, *Equity vs. Vairness*, Harvard University Press. 2002. Matthew D. Adler & Eric A. Posner, “Rethinking Cost-Benefit Analysis”, 109 *Yale L.J.* 165 (1999).
- 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 8 *The Review of Austrian Economics* 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 Occasion of his 60 th. Birthday. 1997. También puede encontrarse una enunciação del problema en Cento G. Veljanovski, “Wealth Maximization, Law and Ethics -On the limits of Economic Efficiency”. 5 *Review of Law & Economics* (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.
- 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. Véase al respecto, también, Charles K. Rowley, *The Right to Justice*, The Locke Institute, 1992, p.20, donde desarrolla una introducción al utilitarismo, la economía del bienestar y la MRS. Para este autor, por ejemplo, aún cuando levons afirmaba la imposibilidad de este tipo de operaciones, en la práctica medía utilidades y la comparaba entre diferentes individuos. También, véase, Daniel M. Hausman y Michael S. McPherson, *Economic Analysis and Moral Philosophy*, Cambridge University Press, 1996. En particular las p. 35, 44, 84 -7, entre otras. También, como una introducción, I. M. D. Little, *Ethics, Economics & Politics*, Oxford University Press, 2002, en particular el capítulo II, p. 11 y 17.
- 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 levons 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.
- ⁶ Todo esto es tan conocido en teoría económica que se puede encontrar en cualquier libro especializado. Pueden consultarse, por ejemplo, como textos más afines a la filosofía política y moral, Daniel M. Hausman y Michael S. McPherson, *Economic Analysis and Moral Philosophy*, Cambridge University Press, 1996. En particular las p. 35, 44, 84 -7, entre otras. También, como una introducción, I. M. D. Little, *Ethics, Economics & Politics*, Oxford University Press, 2002, en particular el capítulo II.

- 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.
- ⁸ Hay varias "escuelas" o mejor, "corrientes" de AED. Un clásico sobre el tema, 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. Véase, por ejemplo, Medema, Steven G & Mercurio, Nicho-las, *The Economics and the Law- from Posner to Post Modernism*, Princeton University Press, 1998.
- 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). Para una traducción al castellano, véase, Estudios Públicos n° 69, Centro de Estudios Públicos, Chile, p. 207 p. 259, respectivamente. Ambos artículos están disponibles por internet en la página del Centro de Estudios Públicos.
- 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.
- 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, Buenos Aires, ESEADE, p. 5-227.
- 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. www.esead.edu.ar
- 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.
- 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 Anides from the journal of Institutional and Theorelical 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.

BIBLIOGRAFÍA

- ADLER, Mathew & POSNER, Eric. "Rethinking Cost-Benefit Analysis", 109 Yale L.J. 165 (1999).
- ALCHIAN, Armer A. "Some Economics of Property Rights" [1965], en Armen A. Alchian, *Economic Forces at Work*, Liberty Fund, Indianapolis, 1977.
- ALCHIAN, Armer A. y DEMSETZ, Harold. "El paradigma de los derechos de apropiación", *Hacienda Pública Española*, N° 68, Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 1981.
- BLOCK, Walter. "Ethics, Efficiency, Coasian Property Rights, and Psychic Income: a Reply to Demsetz" en 8 *The Review of Austrian Economics* 86. (1995).
- CACHANOSKY, Juan Carlos. "Historia de las teorías del valor I y II", En: *Libertad* n° 20 y n° 21, Buenos Aires, ESEADE, 1994.
- COASE, Ronald H. "The Problem of Social Cost". 1 *Journal of Law and Economics*, 1960. COASE, Ronald H. *La empresa, el mercado y la Ley*, Alianza, Madrid, 1994.
- DE ALESSI, Louis. "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.
- 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. "Ethics and Efficiency in Property Rights", en *Time, Uncertainty and Disequilibrium: Explorations of Austrian Themes*, Mario Rizzo ed. Lexington Books, Mass. 1979.
- DWORKIN, Ronald. "Is Wealth a Value?", 9 *J. Legal Stud.* 191 (1980).
- HAUSMAN, Daniel y McPherson, Michael S. *Economic Analysis and Moral Philosophy*, Cambridge University Press, 1996.
- HOPPE, Hans-Hermann. *The Economics and Ethics of Private Property: Studies in Political Economy and Philosophy*. Kluwer. Boston. 1993.
- KAPLOW, Louis & SHAVELL, Steven. *Equity vs. Fairness*, Harvard University Press. 2002.
- LITTLE, I. M. D. *Ethics, Economics & Politics*. Oxford University Press, 2002, en particular el capítulo II.
- MEDEMA, Steven G. & MERCURO, Nicholas. *The Economics and the Law: from Posner to Post Modernism*, Princeton University Press, 1998.
- POSNER, Richard. "Utilitarianism, Economics, and Legal Theory", 7 *Journal of Legal Studies* (1979).
- ROTHBARD, Murray N. "Hacia una reconstrucción de la utilidad y de la economía del bienestar", *Libertad* n° 6, Buenos Aires, ESEADE, 1987.

Eduardo Stordeur

ROWLEY, Charles K. The Right to Justice, The Locke Institute, 1992

SPECTOR, Horacio, "Self Ownership and Efficiency", En: justice, Morality and Society", A Tribute to Alexander Peczenick on the Occasion of his 60 th. Birthday. 1997.

SPECTOR, Horacio, Forewords, 79 Chicago - Kent Law Review, 2004, p. 353-354.

STORDEUR, Eduardo. "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. www.eseade.edu.ar

VELJANOVSKI, Cento O, "Wealth Maximization, Law and Ethics -On the limits of Economic Efficiency". 5 Review of Law & Economics (1981).

WHITE, Laurence. "Can we rank slavery against free labor in terms of economic efficiency?", En el sitio, cniss.wustl.edu/workshoppapers/whitepaper.pdf.