

LOS DERECHOS DE PROPIEDAD EN LA ESCUELA AUSTRÍACA DE ECONOMÍA Y EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: UN ANÁLISIS COMPARATIVO

*Federico Lanz**

Resumen: Este trabajo examina la posible compatibilidad entre la concepción del derecho de propiedad emergente del Teorema de Coase –conforme ha sido interpretado por el Análisis Económico del Derecho (AED)–, y la expresada por la Escuela Austríaca de Economía, principalmente por Hayek y la tradición hayekiana. Señalo que la instrumentalización del derecho de propiedad del AED es extraña al pensamiento hayekiano, tanto si es considerada como complemento del mismo o como la evolución más factible ese pensamiento.

Abstract: This paper examines the possible compatibility between the concept of property rights of the Coase Theorem –as interpreted by the perspective of Law & Economics–, and the one expressed by the Austrian School of Economics, mainly by Hayek and the Hayekian tradition. I point out that the instrumental notion of property rights in Law & Economics is foreign to the Hayekian thought, either if such notion is considered as a complement or as the evolution of that thought.

Ronald Coase (1960) planteó la necesidad de reevaluar el papel del Estado como corrector de las denominadas externalidades, al hacer hincapié en los altos costos que dicha tarea conllevaba, los cuales solían pasar en gran medida inadvertidos hasta ese momento. Coase analizó distintas decisiones judiciales a la luz de sus consecuencias económicas, y si bien limitó

* Abogado (Universidad Austral). Magister en Administración de Negocios (ESEADE).
Email: fedelanz@hotmail.com

su análisis a los efectos económicos que la regla de responsabilidad civil del caso produjera, sugirió también la conveniencia de adoptar para algunos supuestos un criterio de responsabilidad alternativo, fundado exclusivamente en la eficiencia económica.¹ Este enfoque resultó novedoso y de extraordinario interés para quienes comenzaban a estudiar las influencias de las instituciones en el proceso de mercado, al concebirse al derecho como un instrumento al servicio del funcionamiento más eficiente del mismo. En concreto, Coase puso de relieve la función del derecho de propiedad privada como instrumento para disminuir los costos de transacción a la hora de internalizar costos y beneficios externos entre los individuos. En esta línea, mostró el vínculo entre la eficiencia y las instituciones, y de ese modo sentó las bases para una nueva aproximación a los derechos de propiedad privada.

George Stigler (1966) recogió esta idea central y la sintetizó en lo que hoy día se conoce como el Teorema de Coase (TC), el cual constituye una importante herramienta analítica del Análisis Económico del Derecho (AED). El TC postula que en ausencia de costos de transacción y con derechos de propiedad claramente definidos, las partes poseen suficientes incentivos para arribar a acuerdos mutuamente satisfactorios, tendientes a internalizar costos externos, sin la necesidad de la intervención estatal. En presencia de altos costos de transacción y/o ausencia de derechos de propiedad, el TC supone la intervención del Estado a fin de adjudicar eficientemente responsabilidades o asignar inicialmente el derecho de propiedad.

La eficiencia como elemento esencial del análisis coaseano, enfatizada y desarrollada con posterioridad en materia de responsabilidad civil por Calabresi, Koplow y Posner, entre otros, ha ocasionado la reformulación del sistema legal, al hacer hincapié en el rol normativo de los jueces y al otorgar un papel activo a la ley en el proceso de mercado. La reconsideración del concepto mismo de derecho –de sus reglas y principios–, el cual permanecía hasta el momento ajeno al análisis económico, ha llegado incluso a postular la utilidad como principal criterio de justicia. En particular, el derecho de propiedad ha sido redefinido en base a sus funciones económicas; ya sea como un elemento necesario para la protección de los recursos, o

como un mecanismo o instrumento para la internalización de los costos externos (Demsetz, 1957). La redefinición del derecho y el criterio de eficiencia utilizado para asignarlo o delimitarlo ha suscitado importantes cuestionamientos por parte de la tradición Austríaca.

En efecto, con independencia de la recepción entusiasta del TC en los claustros universitarios y en menor medida en el ámbito judicial, autores representativos de la Escuela Austríaca se han mostrado más bien críticos a reconsiderar un principio basilar como el derecho de propiedad –y su consecuente método de asignación o delimitación–, al advertir acerca de la instrumentalización del derecho que el teorema supone (respecto a su enunciación tradicional) como regla de conducta. De la misma forma, han señalado los obstáculos que el método de asignación o delimitación del derecho conlleva, con referencia a pilares conceptuales existentes en la tradición austríaca tales como la teoría del valor, la naturaleza de la eficiencia y la información económica, el análisis de equilibrio, el carácter y sentido del sistema legal, etc.

Advertir el grado en que dichos reparos resultan fundados desde el pensamiento de F. Hayek y la tradición Austríaca constituye parte importante de este trabajo. Pues, si bien gran parte de la tradición Austríaca ha coincidido en la crítica normativa al TC, no todos han coincidido en la noción del derecho de propiedad que del mismo deriva. Esto quizás haya desencadenado tensiones en el propio seno de escuela Austríaca entre quienes entienden la noción de propiedad emergente del TC –tal y como ha sido desarrollada por el AED– como complemento del análisis institucional austríaco (Gunning, 2001; Stordeur (h) y Ramos Mejía (h), 2005), y quienes, por otro lado, directamente la rechazan al advertir lo que según ellos constituyen serios obstáculos para su eventual compatibilidad (Block, 1977 y 1995). En suma, como señala Patrick Gunning (2001), tal vez estas tensiones refieran ilustrativamente ni más ni menos que “...[a]l debate entre el pasado y el futuro de la Economía Austríaca...”

A efectos de comparar y juzgar la posible compatibilidad entre la noción de propiedad emergente del TC y la visión Austríaca, cabría indagar en la noción de orden espontáneo expuesta por Hayek, en menor medida en la

praxeología desarrollada por L. Mises, así como también resaltar las principales críticas efectuadas por la tradición que se ha desencadenado a partir del pensamiento de estos dos autores. A estos efectos, en una primera parte de este trabajo, se indicarán brevemente las notas epistemológicas esenciales a partir de las cuales parten Coase, tal y como lo interpreta y formula parte importante de la Escuela de Chicago (Alchian y Demsetz, 1972; Demsetz, 1979 y 2002), Hayek y Mises, examinando sus implicancias más destacadas en cuestiones tales como la noción de equilibrio, la eficiencia, el rol o papel de la información y el de las instituciones en un orden espontáneo. Delineadas estas cuestiones, en la segunda parte de este trabajo se efectuará un análisis crítico del origen, naturaleza, asignación y delimitación de la noción de propiedad emergente del TC, según la escuela de Chicago. En la tercera y última parte de este trabajo señalaré a modo de conclusión si es posible o hasta qué punto es posible aceptar o rechazar dicha noción de propiedad para un economista de la tradición Austríaca.

Dos cuestiones previas: el análisis del equilibrio y el rol de las instituciones

A la hora de comparar la noción de propiedad emergente del TC y aquella adoptada por el pensamiento hayekiano o miseano, resulta conveniente partir de un brevísimo análisis de las notas epistemológicas esenciales de estas líneas de pensamiento, en tanto inciden en dos elementos de importancia en la configuración del derecho de propiedad privada: (1) el análisis del equilibrio y (2) el rol de las instituciones y, en particular, del sistema legal como condición esencial del orden espontáneo.

La noción de equilibrio. Límites a la racionalidad económica. El problema del conocimiento

Una economía subjetiva se explica no sólo como una teoría de la decisión del hombre respecto de la asignación de medios a fines posibles, sino también

como una teoría de la acción que abarca “la percepción misma del sistema de fines y medios” (Huerta de Soto, 1997). El fenómeno de mercado, la coordinación resultante entre los individuos, se explica entonces como la consecuencia lógica, no intencionada, de la interacción de las acciones individuales resultantes de un sistema agregado y complejo, siempre cambiante, de valoraciones subjetivas.

Mises desarrolla su análisis económico a partir de la lógica de la elección (*praxeología*). Toda decisión es siempre tomada bajo condiciones de incertidumbre, con el fin de alcanzar una situación más satisfactoria. La mayor satisfacción constituye el propósito personal del sujeto, esto es, el cumplimiento de un sentido subjetivo que sólo el sujeto otorga y, que siempre puede variar o reevaluar a lo largo del tiempo. A partir de la definición de acción –proposición central de su sistema–, y sus implicancias formales, se examinan las políticas económicas en tanto las mismas resulten o no acertadas, en vistas a los objetivos que persiguen. El método más adecuado para aproximarse a toda ciencia social y, en particular a la economía, es por tanto, el método axiomático-deductivo. Mises concibió la economía como un cuerpo de ideas –de regularidades subjetivas– lógicamente ordenadas con prescindencia de juicios de valor. Según el autor, esto es posible en tanto el razonamiento lógico deviene anterior a cualquier tipo de conocimiento en el hombre, al constituir el resultado evolutivo del cerebro humano, el cual a su vez, no encuentra una acabada explicación racional; expresa que “la categoría de acción es el antecedente lógico de cualquier acto determinado” (Mises, 1980:69). Ello significa que el hombre concibe la realidad con parámetros prefijados, que moldean su percepción de acuerdo a principios como la causalidad, la incertidumbre, y la temporalidad. El apriorismo miseano fundamenta una división tajante entre las ciencias sociales y las ciencias naturales,² haciendo del individualismo el único método válido en el estudio de las últimas.

Para la tradición neoclásica la economía es entendida fundamentalmente como una teoría de la decisión relativa a la asignación maximizadora de medios escasos a fines posibles. El sujeto busca siempre maximizar su utilidad, dentro de un margen de actuación individual restrictivo, acotado a

un sistema cerrado, objetivo, de conocimiento. Naturalmente entonces, el abordaje epistemológico de los economistas neo-clásicos difiere del enfoque austríaco. En virtud de una teoría de la elección más restringida, el neoclasicismo desarrolló una fuerte pretensión formalizadora del proceso de decisión individual, que acabó diluyendo el dualismo epistemológico clásico entre ciencias sociales y naturales. De esta forma se adoptó como método del análisis económico el hipotético–deductivo, utilizado en las ciencias naturales, constituyendo la matemática un instrumento esencial en la elaboración y evidencia de modelos que persiguen la maximización de los procesos de mercado y, por tanto, del comportamiento individual. Como lo expuso Samuelson, se concibe a la subjetividad como la trampa más profunda de la economía y, por tanto, mayormente “objetivizada” por el método científico (Samuelson y Nordhaus 1990:9). Así por ejemplo, las preferencias individuales son modelizadas, al ser consideradas previsibles, convexas, constantes, como una variable más junto a otras que conforman un modelo o teoría creado por el economista, cuya consistencia depende de su lógica interna, independientemente de sus efectos en la realidad; el equilibrio se encuentra siempre en el modelo y no en el mundo real. De esta manera, una política económica se considera acertada en tanto logra como resultado, que la actividad de mercado –las acciones individuales– se ajusten a lo previamente intencionado en el modelo diseñado. Coase introdujo una limitación al supuesto fuerte de racionalidad neoclásica, al advertir la existencia de restricciones en la conducta individual, tales como los costos de transacción positivos en el mercado. Estos últimos, entendidos como aquellos problemas u obstáculos que surgen con anterioridad a la celebración del contrato o con posterioridad, en el transcurso de su ejecución. Ello cuestionó el ideal de la eficiencia paretiana neoclásica, lo que derivó necesariamente en un cambio en la concepción del papel fundamental del Estado y la pretensión de universalidad de sus políticas económicas. Sin embargo, el TC tal y como fuera interpretado por el AED, conservaron los postulados esenciales de la microeconomía neoclásica, tales como la idea de equilibrio competitivo, eficiencia e información óptima (Stigler, 1961 y Stringham, 2001).

El criterio austríaco, por otra parte, de acuerdo a los parámetros de racionalidad neoclásicos ha caído de cabeza en la trampa subjetiva, y concibe a la subjetividad como un elemento central de su sistema de pensamiento. Para el mismo, no existen regularidades objetivas, sino sólo interpretaciones subjetivas. La acción posee un sentido subjetivo, que se funda en la percepción misma de los fines y los medios, del tiempo y de los costos incurridos por el sujeto –de ahí la radical incertidumbre de las expectativas y preferencias individuales. Posee un criterio más amplio de racionalidad, aunque menos contundente que la microeconomía neoclásica, al hacer hincapié en sus restricciones constitutivas (Krause, Zanotti y Ravier, 2007:41). Todo ello deriva en nociones particulares de equilibrio competitivo, eficiencia e información.

Ahora bien, conviene detenerse en la noción equilibrio competitivo, para apreciar las diferencias existentes entre la noción de derecho de propiedad proveniente del TC y la de la escuela austríaca. Es preciso destacar que aún dentro de la propia tradición austríaca existen diversos matices a este respecto. En efecto, la noción de equilibrio misieana se restringe a señalar al mismo como una consecuencia lógica, no intencionada, de la acción individual concebida imaginariamente fuera de todo tiempo (Economía de rotación uniforme). El análisis de equilibrio queda limitado por la descripción de un estado estacionario en el cual la acción se repite a sí misma, aunque no se corresponde con ninguna realidad fáctica. Sin embargo, según Hayek, la praxeología no puede explicar satisfactoriamente cómo es que las interacciones subjetivas de los individuos logran producir el equilibrio. Es por eso que la posición misieana no puede responder acabadamente al desafío predictivo neoclásico, en tanto que “sólo se ocupa de relaciones lógicas asociadas únicamente con las conclusiones que la mente de una persona que está planificando infiere de las premisas dadas” (Hayek, 1990:265-268).³ Esta diferencia radica en su concepción particular del individualismo, la cual difiere sutilmente del individualismo Misiano (Oakley, 1997). Hayek destaca el carácter intersubjetivo y compuesto del individualismo metodológico; en base al principio popperano de la falseación empírica (toda teoría requiere, en algún momento, ser sometida a la experiencia, esto es,

ser sometida a prueba para distinguirse como conocimiento científico) sostiene que la idea de equilibrio no puede explicarse sólo a partir de la lógica pura, sin verificar las condiciones y las causas que favorecen la aparición o producción de un determinado equilibrio. Hayek (1941) abordó el análisis del equilibrio competitivo, desarrollando la distinción entre el “dato objetivo” –los hechos objetivos reales que un economista puede conocer (entre los cuales se encuentran los planes y expectativas respecto de hechos externos de los restantes individuos)– y el “dato subjetivo” –el elemento individual del comportamiento indeterminado del sujeto que se intenta predecir. En sus palabras:

[L]as relaciones de equilibrio no pueden ser deducidas sólo de meros hechos objetivos, ya que el análisis de lo que las personas harán sólo puede comenzar a partir de lo que se conoce de ellas. Tampoco puede el análisis de equilibrio comenzar meramente de un conjunto de datos subjetivos, en tanto que los datos subjetivos de diferentes personas serán compatibles o incompatibles, toda vez que ya habrían determinado si existe o no el equilibrio (Hayek, 1948: 44).

El equilibrio surge como efecto no intencionado de las acciones individuales y es entendido como un alto grado de compatibilidad de los planes individuales que produce el mayor grado de diseminación del conocimiento existente.⁴ En tanto el conocimiento se encuentra disperso en la sociedad, se requiere verificar las causas que procuran una compatibilidad de los planes individuales, y ello refiere a cómo los individuos adquieren el conocimiento y aprenden de su experiencia.

Ahora bien, como señala Rizzo (1990), Hayek no logró explicar acabadamente cómo es que el aprendizaje produce el equilibrio competitivo. Esto es, no logró explicar cómo y de qué manera los individuos adquieren el conocimiento en el proceso de mercado, ni brindó los motivos por los cuales las personas aprenden de su experiencia. Más bien se limitó a afirmar que el aprendizaje probablemente ocurriría cuando la economía se encontrase cercana al equilibrio. Pero esta afirmación no resulta satisfactoria en tanto

supone que la gente está *determinada* a aprender en un momento dado; que necesariamente incorpora nueva información a lo largo del proceso competitivo y, por tanto, diluye la entidad explicativa del aprendizaje como causa equilibrante. Es por eso que, según Rizzo, ante esta aporía Hayek desistió de la idea de equilibrio competitivo como punto de reposo del proceso competitivo y adoptó la idea de orden. Enfocó sus esfuerzos en armonizar las ideas del cambio, de información imperfecta y la libertad individual, con los elementos esenciales de cualquier orden económico espontáneo, esto es, un estado en que existe una considerable coordinación de planes individuales y una efectiva utilización del conocimiento.

Hayek argumentó que el proceso competitivo permite mejor que cualquier otro mecanismo o sistema preservar los elementos esenciales de un orden a través de los cambios que normalmente acaecen en un sistema social. De esta manera terminó por sugerir una menos exigente y más laxa tendencia empírica hacia la máxima coordinación de planes individuales. Esto es, los planes individuales tenderán a ser más consistentes en un sistema que aliente la competencia, en tanto los individuos gozan de la libertad y las reglas necesarias para aprender de sus errores e incorporar nuevo conocimiento. Un orden espontáneo tenderá a formarse y a auto-perpetuarse a través del cambio, sólo si se permite que el proceso competitivo se lleve a cabo sin interferencias. La tendencia que configura el aprendizaje individual es de naturaleza empírica, en tanto parte de la afirmación o reivindicación de la unidad y coherencia de un orden o sistema espontáneo; y ello conlleva necesariamente una determinada cosmovisión, una generalización acerca del resultado (máxima coordinación posible de planes individuales) que la interacción de acciones individuales espontáneamente producirá (Rizzo, 1990).

Cabe señalar que la utilidad de dicho análisis no ha sido unánime dentro de la tradición austríaca. Algunos autores han argüido la insuficiencia de la teoría hayekiana, pero a mis fines basta poner de manifiesto la intencionalidad hayekiana de desistir de la idea de equilibrio competitivo y de sus postulados más relevantes (conocimiento perfecto, homogeneidad de expectativas individuales como resultado de la perfecta complementación de planes individuales), y destacar la centralidad del aprendizaje individual como causa

equilibrante o tendencia empírica hacia un orden espontáneo. Esto supone una fuerte limitación al diseño inteligente de un orden y orienta cualquier intención de mejora del mismo hacia la iniciativa privada.

En el pensamiento hayekiano, dos condiciones de gran importancia impulsan y permiten una mayor consistencia de planes individuales: (i) un sistema de precios como *transmisor imperfecto* de información; (ii) las instituciones de mercado, como salvaguarda de la libertad de acción del emprendedor en el mercado.

Examinar con mayor cuidado el vínculo entre individualidad, racionalidad y normatividad hayekiano resulta de importancia a la hora de examinar críticamente la definición y delimitación de los derechos de propiedad emergentes del TC, ya que nos permite acercarnos a la visión hayekiana del mundo y, consecuentemente a los límites de su pensamiento en relación a los elementos que lo producen y mejoran. Desde esta perspectiva cabría explorar las pretensiones del AED relativas a los arreglos institucionales concernientes a la definición y delimitación de los derechos de propiedad, en tanto constituyan condiciones favorables al aprendizaje y, consecuentemente, a la producción indirecta de un orden espontáneo. Desde ahora es posible adelantar una respuesta negativa a dicha inquietud. Pero a los efectos de ir fundando la validez de tal proposición, en la siguiente sección se analizarán los límites hayekianos que un orden legal posee a los efectos crear y perfeccionar reglas legales.

El rol de las instituciones en Hayek: el papel del juez en la creación de normas legales y el papel de la ley como condición del orden espontáneo

La concepción hayekiana del derecho como instrumento fruto de la acción humana, resulta sensiblemente distinta a las concepciones positivistas o utilitaristas adoptadas por el AED, usualmente asentadas en el imperio de la razón individual. Sostiene que las reglas en un orden espontáneo “son honradas con la acción”, y que su elaboración y seguimiento ha sido consecuencia de un proceso gradual de aprendizaje y adaptación de las acciones

individuales a las circunstancias y efectos normativos que las mismas suponen, que generalmente resultan inconscientes al individuo (Hayek, 1976:96,99).

El tipo de sistema legal auspiciado por el AED difiere, por tanto, del sistema que Hayek concibió como el reflejo más claro de un orden legal espontáneo: el *common law*. Análogamente al orden de mercado, el *common law* supone un proceso decisorio descentralizado, que propicia un cambio gradual en las reglas legales. Facilita de esta manera el desarrollo compartido de expectativas individuales en torno a la ley, que promueve una mayor coordinación de planes y acciones individuales. Quizás las diferencias entre una y otra visión del sistema legal puedan reducirse a dos elementos esenciales: el rol de los jueces y el propósito o finalidad de la ley.

Hayek adopta un criterio preeminentemente positivo (a-valorativo) del rol del juez en el sistema legal (Zywicki, 2005:7). Considera que el juez carece de la facultad para mejorar la ley en tanto posee una significativa limitación cognitiva que le impide predecir si sus decisiones alcanzarán o, incluso retardarán, los objetivos para los cuales hubieran sido expedidas. La tacitud y dispersión del conocimiento señaladas por Hayek fundamentan tal limitación, en tanto que imposibilitan al planificador central –en este caso al juez– tomar una decisiones plenamente informadas. Como señala Zywicki al criticar la interpretación posnereana del juez hayekiano: “La crítica de Hayek no se encuentra basada fundamentalmente en la idea de que resulta inapropiado a los jueces imponer criterios políticos particulares en la ley, sino más bien en que resulta imposible a los jueces dar lugar de forma confiable y predecible a los objetivos políticos deseados que aspiran a obtener” (Zywicki, 2005:8). Los jueces, al igual que la autoridad socialista, ignoran de hecho casi todos los efectos o consecuencias de sus decisiones. Hayek señala que el juez “no está preocupado con lo que cualquier autoridad quiera en una instancia particular, pero con lo que personas privadas tengan razones legítimas de esperar, donde “legítimas” refiere a la clase de expectativas en las que generalmente sus acciones se han fundado en esa sociedad”. Su deber no es el imponer la voluntad de la autoridad, sino la de resolver disputas que pudieran perturbar el orden en base a las reglas de conducta vigentes (Hayek, 1976:98).

La principal tarea de las reglas de conducta según Hayek, es la de comunicar a las personas cuáles son las expectativas con las que es válido contar y cuáles no (Hayek, 1976:102). Cuando los individuos se proponen llevar a cabo sus planes atienden las exigencias impuestas por las reglas legales, pero las mismas constituyen sólo un grupo dentro de un conjunto más amplio de reglas. Parte de dicho sistema de reglas se encuentra receptado en el ordenamiento jurídico, pero parte del mismo permanece sin reconocerse. Hayek advierte que no debe confundirse el seguimiento espontáneo de las reglas (“honradas con la acción”), de su formalización y ejecución forzada. El hecho de que las reglas sean reconocidas e impuestas coercitivamente goza siempre de una importancia secundaria (Hayek, 1976:96). El propósito principal de la ley, según Hayek, no es un medio para obtener un fin determinado sino una señal para los individuos que provee de un conocimiento adicional, para predecir mejor el comportamiento de otros individuos (Hayek, 1976:113). La ley señala cuál es la esfera de responsabilidad individual dentro de la cual se pueden planificar los asuntos, como así también cuáles son los medios legítimos disponibles para elaborar racionalmente sus expectativas (Hayek, 1948:18-22). La ley incentiva la mayor coordinación de acciones posible al propiciar la mayor utilización del conocimiento disponible. La ley logra que los individuos: “...observen principios que ellos conocen y pueden tomar en cuenta en sus decisiones. Significa además, que lo que el individuo pueda o no hacer, o puede esperar que sus compañeros hagan o dejen de hacer, no dependerá de las consecuencias remotas o indirectas que sus acciones puedan tener, sino de las circunstancias inmediatas y accesibles que pueda reconocer y que pueda suponerse puede conocer” (Ibid:18). Las reglas de conducta, del lenguaje, las tradiciones, costumbres y otras normas culturales también constituyen guías para la acción individual. Dan origen y moldean las expectativas de las personas.

Por eso la función principal del juez es la de “... [d]istinguir entre expectativas legítimas e ilegítimas y determinar cómo las reglas particulares encajan en un marco más amplio de reglas” (Ibid:8). Y sólo distingue qué expectativas merecen protección, cuando maximiza el cumplimiento de expectativas como un todo (Hayek, 1976:102). A la hora de decidir sobre una materia

(ej. divorcio), el juez hayekiano no resuelve jamás en base al juego de reglas legales existentes en dicha materia o de acuerdo a los incentivos que éstas proveyeran, sino que lo hace articulando y deduciendo lógicamente de un conjunto más amplio de reglas, aquellas que servirán para proveer una solución al caso concreto (Zywicki, Ib. 17).

Dado que las expectativas de los individuos se han formado en torno a una normatividad más amplia que la positiva, el discernimiento entonces, resulta imprescindible a la hora de calificar a las mismas como legítimas o ilegítimas. Ello limita fuertemente la resolución “eficiente” del caso, exclusivamente en base a una regla legal individual. Esta restricción puede verse reflejada más claramente en la hermenéutica hayekiana. Por ejemplo, ante la existencia de una laguna en la ley (casos en los que el juez no pudiera deducir lógicamente del conjunto de premisas previamente articuladas la regla aplicable a un caso concreto) se sugiere que el juez adopte una “lógica situacional” a fin de establecer la regla aplicable, pero siempre y cuando la misma fuese consistente con el orden de acciones que se pretende conservar y que constituye el resultado y el fundamento de las reglas existentes. El juez, aún en estos casos, “no es libre de decidir de la forma que al él le gustaría” (Hayek, 1976:115).

Cuando Hayek escribe sobre qué expectativas debe proteger la ley o cuáles debe descuidar, hace hincapié en el contenido de la regla de conducta; en este sentido, declara que “...los valores que las reglas justas de conducta sirven, no consistirán en características concretas sino abstractas de un orden fáctico que los hombres desearán ampliar porque lo han juzgado condición de la efectiva búsqueda de una multiplicidad de propósitos variados, divergentes e impredecibles” (Hayek, 1976:105). Por eso el hecho que una nueva norma encaje en un sistema existente de normas no será una cuestión de simple lógica, sino también de “...sí en las circunstancias fácticas existentes, la nueva norma lleva a un orden compatible de acciones” (Hayek, 1976:105). De ahí que resulte incorrecto argumentar, en el caso de la propiedad, que la regla particular que un juez pudiera elaborar, por sí misma debiera asignar la propiedad de tal o cual recurso a una de las partes, sino al contrario, consiste en demostrar lógicamente, en virtud de los hechos del caso y los

valores abstractos que la regla de conducta supone, cómo se deriva la propiedad del recurso a una u otra parte (Hayek, 1976:112-123). El juez no debiera preocuparse por elaborar una regla eficiente, sino más bien concentrar sus esfuerzos en brindar de coherencia interna a la regla emergente respecto a las otras reglas involucradas en el caso particular (Zywicki, Ib. 22). Por eso es inexacto argumentar que el juez o el legislador creen las reglas que gobernarán un orden social. Más bien dichas reglas son descubiertas en un largo proceso de selección y de articulación lógica, mediante el ensayo y el error, pero siempre en línea con la multiplicidad de valores que reglas justas de conducta tales como la propiedad, encarnan.

En este último sentido, Hayek vislumbró al *common law* como el método más adecuado a un sistema legal espontáneo, que establece los límites más convenientes a las acciones individuales de modo de evitar interferencias indebidas. La noción de precedente predominante en la mayor parte de la historia del mismo (versus el concepto de *stare decisis*, adoptado en tiempos más recientes) es vista por Hayek como la que mejor ilustra el carácter y la medida del proceso evolutivo de la normatividad, como así también el que mejor refleja el compromiso con el orden existente, a través del cambio. El progreso se alcanzaría en esta materia, como en otros campos, “por el impulso del pensamiento dentro de un sistema existente y, el esfuerzo de un proceso de pequeños ajustes o, de ‘crítica inmanente’, a efectos de hacer el conjunto más consistente internamente y con los hechos a los cuales las reglas se aplican” (Hayek, 1976:118).

El juez asiste en el proceso de selección, ratificando aquellas reglas que han logrado que las expectativas individuales coincidan y no que entren en conflicto. De esta forma su función no es crear nuevas reglas sino coadyuvar al esfuerzo de mantener y mejorar un orden existente de reglas espontáneas. El resultado de sus esfuerzos será la adición de nuevo conocimiento a través de la acumulación de la experiencia. La noción de precedente podría ser vista así como el método que mejor ilustra la forma modesta en que la ley se perfecciona y alcanza el nivel óptimo de abstracción requerido para la promoción de la máxima coordinación de las expectativas individuales, en un sistema legal.

Dentro de la tradición austríaca, Whitman (2009) destacó la importancia del nivel de abstracción de las reglas en la promoción de un orden espontáneo. Éste demuestra que un nivel intermedio de abstracción es el que resulta deseable para generar reglas de efectos predecibles, que resulten favorables a la coordinación de las expectativas individuales. Tanto las reglas demasiado específicas como las demasiado abstractas, fracasan en promover la coordinación de los individuos, al no permitirles reconocer el modo en que debieran comportarse ante una determinada situación. Pues en uno u otro caso, el individuo posee y debe "...procesar una cantidad insostenible de información y predecir el comportamiento de un número incalculable de otros individuos. La carga cognitiva e informacional es simplemente demasiado grande" Whitman (2009:5). Superado el óptimo de abstracción, se descuidan o excluyen valores o situaciones que podrían ser relevantes a la hora de favorecer la producción o preservación de un determinado orden. Cuando una regla posee un alto grado de abstracción, suele descuidar más cantidad de presupuestos de hecho o valores subyacentes en un sistema, a fin de focalizar la atención en aquellos objetivos o valores que se consideren más relevantes alcanzar (ej., eficiencia). Cabe aclarar que, además del nivel de abstracción, las reglas que promueven cualquier orden debieran "[s]er propósito-independiente, extensible a nuevos casos, tolerantes con las desviaciones y abiertas a la aparición de nuevas reglas" (Whitman, 2009:7). Esto es, las normas que procuren alentar un orden emergente han de preferentemente consistir en principios y además caracterizarse por su flexibilidad ante nuevos casos que requieran excepciones. Las reglas legales no sólo interactúan con los cambios en las costumbres u otras reglas de conducta, sino que además lo hacen con los hechos que plantean los casos novedosos, conflictos y circunstancias cambiantes, que eventualmente se desenvuelven. Incluso, la propia selección de reglas supone sacrificar precisión en el logro de los propósitos subyacentes a la misma; la promoción de una regla particular entonces, no está libre de crear errores de sobre y sub inclusión de los valores de un determinado sistema. Es por eso que este autor concluye señalando, en línea con Hayek, que "... en la práctica las reglas que facilitan el orden espontáneo son ellas mismas, usualmente, producto del orden espontáneo (o algún proceso evolutivo no diseñado)" (Whitman, 2009:35).

En definitiva, Hayek desconfió de la razón individual como instrumento de selección de reglas legales, al reconocer un sustrato sociológico a la racionalidad legal. El descubrimiento de principios y su depuración, o la forma en que las distintas reglas legales deben ser lógicamente articuladas, siempre constituyen el reflejo del avance cultural de una determinada sociedad.

Como principio general de un orden liberal, las reglas “deberían consistir solamente en prohibiciones a la violación de cualquier dominio protegido que estas reglas nos permiten determinar” (Hayek, 1966; 185), y deberían ser desarrolladas a través de la consistente aplicación del cuerpo de leyes heredado (Hayek, 1976:110). Por ello, no resulte congruente con el pensamiento hayekiano incentivar al magistrado a establecer mejoras en el sistema legal en base a teorías provenientes desde fuera del propio sistema legal, proponiendo deliberadamente tal objetivo o valor social (ej. promover la maximización de la riqueza).

Hayek argumenta que en estos casos, la tendencia a perseguir resultados en materia de objetivos económicos, mediante mandatos, debiera ser desalentada en tanto se pone en juego la libertad inherente al sistema. Sólo es a través de la explicitación razonada de los contornos normativos de un sistema espontáneo de reglas, como el juez mejor sirve el avance de un orden emergente. En tanto el juez altera las legítimas expectativas de las partes, priorizando exclusivamente una regla o estándar demasiado abstracto (ej. “la eficiencia”) o demasiado concreto, ignorando las tantas otras que podrían gobernar el caso en examen, obstruye el aprendizaje individual y altera el objetivo principal del sistema legal como condición de un orden espontáneo: la libertad. La ley y la actividad judicial no procuran predecir el resultado global del orden espontáneo, sino ser condición del mismo, resguardando la libertad de la intromisión arbitraria de terceros.

Basta por ahora tener presente que el origen y delimitación de nuevos principios y reglas legales, sobretudo en el ámbito judicial, posee limitaciones bien definidas en el pensamiento hayekiano que transgreden la intencionalidad normativa del TC. Cabría entonces, seguidamente analizar qué efectos tendrá ello en la conformación y delimitación de la regla de propiedad privada.

La definición de los derechos de propiedad y su delimitación

La definición hayekiana del derecho de propiedad privada no puede desligarse de la visión tradicional deontológica lockeana, que definió este tipo de derecho con relación al trabajo del hombre sobre la naturaleza, en base al vínculo psíquico involucrado en el proceso. Hayek, apunta que el liberalismo entendido como el desarrollo de la libertad individual conforme a la ley – adoptado por Smith y la tradición escocesa–, incorporó a su cuerpo de ideas la nociones clásicas de justicia y de Estado de Derecho provenientes del derecho natural y *consuetudinario*, permitiendo así conformar su tesis central sintetizada en la siguiente idea: “bajo reglas universales de conducta justa que protejan el dominio privado de los individuos, emerge un orden espontáneo de acciones mucho más complejo del que hubiera podido formarse de habérselo intentado crear deliberadamente” (Hayek 1966:182). Hayek brinda una noción de propiedad privada vinculada al orden moral que excede el entendimiento económico del término. Señala que:

Desde los tiempos de John Locke ha sido costumbre describir este dominio protegido como propiedad (que Locke mismo había definido como “la vida, la libertad y las posesiones de un hombre”). Este término sugiere, empero, una concepción demasiado estrecha y puramente material del dominio protegido, el que incluye no solamente bienes materiales sino también varias pretensiones a otros bienes y expectativas. Si, no obstante, el concepto de propiedad es interpretado (con Locke) en este amplio sentido, es verdad que son inseparables el derecho en el sentido de reglas de justicia, y la institución de la propiedad (Hayek 1966:188).

Para Hayek el derecho de propiedad procede de la selección grupal de reglas de conducta, acaecida a través de un largo proceso de evolución cultural a medida que el hombre advirtió la conveniencia de acoger y respetar dicha regla “al ver que el crecimiento de los grupos que la practicaban se llevaba a cabo con mayor rapidez que el de otros” Hayek, 1985. En un discurso pronunciado de 1983 señala que:

Los dos grupos fundamentales de normas de conducta que la arrogancia del intelecto humano comenzó a cuestionar porque no eran las conclusiones de nuestro razonamiento sino íntegramente el producto de la selección cultural, eran el de la propiedad particular (o, tal como David Hume lo describiera, las reglas de estabilidad en la posesión, su transferencia por consentimiento y el cumplimiento de las promesas) y el de las reglas relativas a la familia. Constituyen las normas principales de la moral que no tienen un fundamento intelectual y que, por esta razón, y durante los últimos dos mil años, han sido objeto de reiterados ataques por parte de los reformadores racionalistas quienes, sin embargo, no han logrado construir una comunidad duradera basada en sus doctrinas antipropiedad y antifamilia (Hayek, 1985:3).

Hayek, sin embargo, no formula expresamente el proceso por el cual los derechos de propiedad han sido o podrían ser delimitados, en base a la selección grupal.

Ludwig von Mises en cambio, a la hora de definir el derecho de propiedad, tuvo a bien efectuar la distinción entre el derecho de propiedad como fenómeno legislativo y como fenómeno cataláctico. Consideró que la propiedad privada posee un significado cataláctico que “...nada tiene que ver con la definición que al mismo atribuyan los ordenamientos jurídicos” (Mises, 1980:991). En su sentido cataláctico, la propiedad es definida como el control exclusivo por parte del capitalista de los factores productivos, esto es, la posibilidad del individuo de decidir el destino de los mismos. Mises argumenta que el origen de la noción moderna de propiedad obedeció fundamentalmente a motivos históricos relacionados con la preservación de los recursos y, que su continuidad, sólo resulta posible cuando los beneficios que la misma ofrece al individuo, superan a los costos que le ocasionan. El sentido económico del derecho, posee asimismo una entidad social, en tanto que en un orden de mercado, “la propiedad beneficia exclusivamente a quien sabe destinarla a la mejor asistencia de los consumidores” (Ib. 992). Mises expresó su preferencia por el sentido cataláctico del derecho de propiedad, aunque como se expuso, reconoció el límite entre la racionalidad legal y la económica. Por otra parte, las

circunstancias que conducen a la asignación y formación de los derechos de propiedad se encuentran vinculadas según Mises, al análisis de los costos (cargas) y beneficios que dicho derecho impone al individuo. Ello se ve más claramente a la hora de abordar el problema de los costes externos; Mises expresa la importancia de dichos costos a los efectos de inducir a los individuos a apropiarse de los recursos. Sin embargo, al igual que Hayek, no explicitó el modo en que dicha asignación debía producirse. Más bien resaltó la importancia de dicho análisis como un elemento adicional, coadyuvante a la operatoria de asignación.

Con posterioridad, Harold Demsetz (1967) describiría insuperablemente su sentido cataláctico y demostraría las circunstancias bajo las cuales se producen la asignación y formación de los derechos de propiedad: toda vez que resulte económico al individuo internalizar costos externos, emergerá el derecho de propiedad. En la misma línea, la visión coaseana integra un movimiento que estimó a este tipo de derecho como elemento esencial de un proceso de mercado eficiente. Coase no provee una explicación del origen del derecho de propiedad; incluso para él mismo resulta indiferente la distribución inicial de estos derechos, en tanto existan bajos costos de transacción que permitan a las partes elaborar acuerdos de delimitación y asignación de los mismos. Analizando decisiones judiciales en materia de negligencia civil, Coase sugirió un criterio de responsabilidad alternativo al dispuesto por la ley del caso, al advertir que no importaba a quien le fuera asignada la responsabilidad del caso, mientras que las partes pudieran, con bajos costos de transacción, celebrar acuerdos privados para reordenar *ex post* derechos.⁵ El objetivo principal de la decisión judicial por tanto, es alcanzar la utilización más eficiente de los recursos comprometidos. Ello supone una relativización del derecho de propiedad tal y como es comprendido tradicionalmente, en tanto el mismo queda sujeto al cálculo de costos y beneficios, en relación a la utilización eficiente de los recursos tutelados.

El TC constituye un marco teórico para asignar o delimitar derechos de propiedad, en presencia de costos externos, maximizando el producto social. El mismo postula que en un mundo de costos de transacción bajos

o equivalentes a cero, los individuos voluntariamente celebrarán acuerdos privados para internalizar externalidades. En estas circunstancias, la asignación y delimitación del derecho de propiedad se lleva a cabo sin la necesidad de la intervención estatal, esto es, el papel de los jueces no resulta relevante. Dos clases de situaciones ilustran el funcionamiento del TC: a) las referidas a la delimitación de derechos y b) las referidas a la asignación inicial de derechos. En el primer tipo de situaciones los derechos de propiedad se encuentran definidos, aunque los efectos externos generados por la actividad de un individuo vulneran o infringen el derecho de otro. La responsabilidad del hecho, sin embargo, pesa en ambas partes; la delimitación de la responsabilidad (y por tanto, del derecho de propiedad) se realiza de acuerdo a la regla “del usuario que hubiera evitado el daño a menor costo”. Esto es, no importa quién haya generado el daño, sino el uso más eficiente de los recursos involucrados. El objetivo de la solución es evitar el daño que se reputa como más grave: la menor producción de la actividad más eficiente.⁶

En el segundo tipo de situaciones, los derechos de propiedad no se encuentran definidos en relación a un recurso común, el cual es objeto de un uso alternativo o competitivo entre dos o más individuos, los cuales padecen los efectos externos ocasionados por las actividades que llevan a cabo. De nuevo, la responsabilidad se determina según el TC, de acuerdo a la regla que permitiese obtener el resultado agregado más eficiente de los recursos involucrados, esto es, aquella que asigne el derecho de propiedad sobre el recurso en disputa a su usuario “más eficiente”.⁷

En presencia de altos costos de transacción, que normalmente moldean el mundo real, el TC supone la necesaria intervención de las cortes a los efectos de asignar o delimitar el correspondiente derecho de propiedad. Esta intervención, junto a la relativización conceptual del derecho, ha sido objeto de crítica de importantes miembros de la tradición austríaca (Rizzo 1999, Cordato 1992, Block 1995), Whitman 2009). En las líneas que siguen se detallarán sus argumentos.

(i) El Argumento Intuitivo. La conformación espontánea de la regla de propiedad y la fundamentación del sistema legal en un orden espontáneo

Quizás uno de los argumentos más interesantes que plantea Demsetz sea el que redonda en torno a la insuficiencia del elemento psíquico a la hora de conformar y delimitar el derecho a la propiedad. En sus palabras:

La multidimensionalidad de las necesidades humanas virtualmente garantiza que una alteración suficiente de las ganancias y pérdidas de definiciones alternativas de estructuras al derecho de propiedad puede oscurecer el aura ética que rodea a cualquier estructura específica. No creo que sea posible defender efectivamente una estructura de derecho de propiedad en particular apelando a una supuesta preocupación dominante por la libertad, o por la igualdad, o por la riqueza o por la propiedad original. Los ordenamientos lexicográficos se derrumban frente a la escasez (Demsetz, 2002:5).

Mediante el ejemplo que se transcribe Demsetz pretende reducir al absurdo el argumento deontológico del derecho de propiedad, mostrando las contradicciones o contrasentidos que el mismo supone, al tiempo que pretende evidenciar el carácter instrumental de éste derecho:

Supongamos que exista una isla que contenga todo el stock conocido de los pinos de Austria. La isla está habitada por una secta religiosa, la primera que mezclara su sudor y su sangre con la tierra de la isla, satisfaciendo así el principio de Rothbard de la “propiedad original”. Ellos veneran estos árboles como si fueran Dios. Nunca quisieran que fueran dañados de ninguna forma. Sin que nadie lo sepa entonces, estos árboles contienen un ingrediente que es una cura segura para el cáncer y cuando esto es descubierto surge la pregunta acerca de la propiedad de este ingrediente que no está disponible en ningún otro lugar. La secta religiosa, de ninguna forma, ni por ninguna compensación, permitirá que el ingrediente sea extraído. ¿Es “maligno y vicioso” creer que sería preferible que alguien tenga el derecho de propiedad sobre este ingrediente requiriendo que la secta religiosa compre la inviolabilidad de este ingrediente?

¿No serían nuestros “apreciados y preciosos derechos de propiedad” aún más valorados y preciosos si la propiedad privada de este noble recurso no estuviera confinada a aquellos que son propietarios del resto de la isla? ¿Sería una respuesta muy diferente si este ingrediente no solamente fuera conocido a los habitantes de la isla, sino fuera precisamente esa parte de los árboles que ellos veneran? ¿Serían respuestas diferentes si los isleños fueran realmente pobres? (Demsetz, 2002).

El argumento de la escasez como fundamento último del derecho de propiedad y, de la eficiencia como su principal criterio de asignación o delimitación, encuentra importantes reparos en Hayek y en la tradición hayekiana más reciente. Si bien Hayek no precisó el modo en que el derecho de propiedad se delimita, mostró su preferencia por ciertos arreglos institucionales —*el common law*—, que junto a las fuerzas de selección grupal, asiste mediante la cuidadosa articulación de reglas legales la conformación de un orden espontáneo. Todo ello sugiere que el derecho de propiedad podría encontrar las causas y el objeto de su mejora, en razones diversas a la escasez y la mera eficiencia.

Este reparo podría fundamentarse en razones mayormente de orden institucional, relativas a los siguientes puntos: (a) el origen espontáneo de la regla de propiedad, como producto de la selección grupal; (b) la fundamentación y organización de un sistema de reglas propicias a un orden jurídico espontáneo y el método de selección por el cual las reglas particulares se perfeccionan.

(a) Un problema metodológico: el origen espontáneo de la regla de propiedad privada y las posibilidades de su delimitación.

Ya vimos que, según Hayek, la regla de propiedad se conforma en base a la selección grupal de reglas y ha alcanzado el óptimo requerido por el orden imperante, espontáneamente, a través de un largo proceso de evolución cultural. Pero además, la tesis hayekiana consiste en argumentar que la razón individual resulta *insuficiente* para influir significativamente en la selección grupal de reglas (Zywicki, 2004:14). Esto es, la regla de propiedad privada

no puede ser explicada exclusivamente a partir de una metodología basada en la interacción de la psicología individual con el medio ambiente, sino que ha de explicarse también, como el resultado de la dinámica organizativa y funcional de los subgrupos que componen una sociedad, de su interacción y competencia a nivel institucional.⁸

En línea con Hayek, se ha argumentado que la primacía de la selección grupal sobre la selección individual, podría encontrarse en la fuerza relativa de la acción competitiva intra e intergrupal a nivel institucional. Así, mientras que la acción *intragrupal*, incentiva conductas egoístas (en tanto que ninguno de los miembros pertenecientes a un subgrupo desea ser calificado como el “perdedor” del subconjunto si da o arriesga más que los demás miembros del grupo dan o arriesgan), la acción *intergrupal* alienta la aparición de conductas altruistas (debido a que en la competencia con otros grupos, la contribución individual es más fácilmente reconocible y apreciada por los otros miembros del mismo, al beneficiar al total del conjunto).⁹ De este modo, en el marco del proceso evolutivo institucional guiado por las fuerzas intestinas de la selección grupal, sería posible explicar rigurosamente la conformación y seguimiento de la regla de propiedad privada, o tal vez argüir también, la conformación de un tipo distinto de regla de propiedad privada, a la postulada por Demsetz o la que deriva del TC. Esto resultaría razonable, en tanto sería posible esperar una contribución diferencial al conjunto de la sociedad de grupos con instituciones distintas (o con interpretaciones o aplicaciones distintas de instituciones análogas) a las resultantes de conductas del tipo del individuo maximizador de utilidad presupuesto por Demsetz o el TC.

Pero en todo caso, ello resulta una cuestión empírica, esto es, requiere de un examen o análisis de los incentivos o motivaciones culturales que priman en una determinada población, que podrían influenciar la fuerza relativa de las acciones intra e intergrupal. Es una cuestión que no puede ser dilucidada *a priori* (Zywicki, 2004:6). Esta afirmación adquiere relevancia ya que el individualismo metodológico, en tanto no establece un juicio sobre la verdad de las ideas o creencias que motivan a los individuos, ni requiere definiciones en torno a cómo los individuos toman sus decisiones, descuida el análisis de los mecanismos de selección o restricciones presentes en un

sistema social, que potencialmente podrían desvirtuar el propósito y alcance de un tipo de regla de propiedad privada (Whitman, 2005:16-18). Mecanismos de selección o restricciones que consisten en el tipo de creencias, percepciones y preferencias que guían y motivan a los individuos que componen el sistema u orden social, al tomar sus decisiones. Por eso prestar atención a la clase de individuos que integran un sistema (ej., a sus capacidades mentales, al nivel de su racionalidad, etc), resulta relevante en tanto afecta la elaboración y el resultado de las teorías o modelos de análisis que luego se utilizarán para describir y predecir la mejor adecuación de la conducta individual a un determinado arreglo institucional.

A efectos de ilustrar las restricciones que limitan al individualismo metodológico como única metodología pertinente para elaborar y explicar una regla de propiedad privada, Whitman evalúa el límite hasta el cual los individuos podrían llevar a cabo estrategias grupales de delimitación en la explotación recursos comunes (Whitman, 2005:42). Usualmente, en presencia de individuos maximizadores de utilidad, la literatura económica ha representado el problema de bienes comunes, como un problema del tipo dilema de prisionero o a través de un juego de coordinación.¹⁰ Whitman señala que incluso cuando una sociedad tuviera éxito en arribar a una estrategia cooperativa coordinando voluntariamente esfuerzos, ésta aún debería dirimir cuál de los múltiples equilibrios secundará. En virtud de las restricciones presentes en un sistema, señaladas con anterioridad, el individualismo metodológico no otorga una respuesta satisfactoria a dicha pregunta. Aun así, podría insistirse y argumentarse que la chance de enfrentar un conflicto irresoluble en un contexto competitivo, resulta baja; ante la existencia de posibilidades de cooperación, esto es, de ganancias resultantes de la interacción cooperativa, en el mediano a largo plazo los incentivos de adoptar conductas no cooperativas podrían reducirse mediante mecanismos sancionatorios o de castigo (aunque ello no esté exento de problemas, tales como errores de percepción en la imposición los mismos, lo que genera de por sí una cadena de desequilibrios o de información). Así mediante el uso de mecanismos de control, podrían asignarse derechos de propiedad privada que gozaren del respaldo coercitivo de una autoridad designada.

Sin embargo, advierte Whitman, ello no explica satisfactoriamente el proceso por el cual se arriban a estrategias de delimitación beneficiosas para el grupo, ya que por ejemplo, en presencia de individuos egoístas ¿qué incentivos podrían llevar a la implementación racional de un esquema o mecanismo de control determinado para eliminar los incentivos a la sobreexplotación, la desidia o el desfalco? En estos casos, las condiciones individuales y los costos de segundo orden podrían llevar a que los arreglos institucionales efectuados no resultasen sostenibles en el tiempo, salvo en relación a casos poco significativos, que supusieran bajos costos de monitoreo (Whitman, 2005:41-42). Esto es, los acuerdos celebrados para asignar o intercambiar derechos de propiedad podrían tornarse inútiles. Y es que independientemente de la fuente de creación de la norma, si las fuerzas de selección grupal operan sobre la misma, pueden llegar a exaltarla hasta su aplicación o denigrarla hasta su abandono.

Obedecer las normas que implementasen mecanismos o estrategias de delimitación de recursos, podrían requerir conductas altruistas o supererogatorias, que sin considerar el proceso de toma de decisiones individuales y recurrir a la estructura motivacional del individuo, no podrían explicarse satisfactoriamente. En este sentido, la mejora y eficacia de una definición de derecho de propiedad podría quedar sujeta al análisis de la dinámica competitiva grupal y, más precisamente, al conjunto de incentivos que motivasen la conducta de los individuos que participan en dicha dinámica; a los deseos y creencias que han influenciado individuos, presentes en el medio ambiente cultural.

Podría argumentarse que la regla de propiedad privada más eficiente para una economía libre encuentra su origen y fundamento en conductas incentivadas por teorías diversas a la economía, en tanto éstas hubieran predominado en la psicología de los grupos dominantes en la competencia intergrupal. Este tipo de regla podría haberse conformado en base a decisiones fundadas en creencias o percepciones religiosas, morales o políticas, que hubieran producido relaciones reales de uno o más tipos, entre los recursos y el individuo, a efectos de cumplir más adecuadamente los valores subyacentes a un determinado orden social. Procesos institucionales así influenciados, hubieran

podido determinar (o son los que determinan en la actualidad) una “noción eficiente” de propiedad privada. En esta línea, la regla de propiedad no sólo expresaría un tipo de relación del individuo con los recursos existentes, sino también otro tipo de relaciones del individuo con otros elementos presentes en el sistema (ej. la relación del individuo con otros intereses estimados por él valiosos en su vida). De esta forma, el fundamento de la propiedad privada, como el de su delimitación más apropiada, podría provenir de la interacción de la regla particular con las restantes reglas de conducta presentes en un orden espontáneo.¹¹

Hayek (1973) enfatiza el hecho de que la propiedad privada constituye un valor, en tanto posibilita la coordinación de acciones individuales. Señala que observar las reglas de conducta conforma estructuras fácticas complejas dependientes de la prevalencia de las mismas, aún cuando los sujetos que actúan en base a esas estructuras sean inconscientes de esta relación. Esta falta de conciencia, se debe a que los hechos que componen dichas estructuras no resultan ser consecuencia directa de las reglas de conducta particulares, sino que emergen indirectamente de un gran número de interacciones individuales. Este orden o estructura fáctica es considerado como un valor en sí, en tanto sirva de condición para el cumplimiento de los *muchos otros objetivos* que los individuos poseen, al posibilitar un alto grado de coincidencia de las expectativas individuales. El mismo sólo logra auto-perpetuarse mientras los individuos se sigan guiando o motivando por los valores subyacentes a las reglas de conducta, en tanto esos valores constituyan para ellos las motivaciones últimas de su accionar. El patrón u orden de acciones emergente de forma no intencionada, es un valor que depende de la observancia de otros valores.

Por eso, la mejora de la regla de propiedad requiere de un esfuerzo por entender las propiedades o valores que dicha regla comparte con otras reglas de conducta, presentes en un orden espontáneo. Hayek señala que cualquier sugerencia de modificación o mejora del orden o patrón espontáneo requiere del reconocimiento y la aceptación de los valores que resultan indispensables al mismo. Este análisis conlleva la posibilidad de ponderar con cierta neutralidad los valores subyacentes a las reglas de conducta, en tanto resulten condiciones relevantes para una mayor o menor coordinación de las expectativas individuales.

Dichas expectativas se conforman en base a una normatividad más amplia que la legal, que involucran una amplia variedad de intereses individuales, aparte de la economía y, que por tanto refieren no sólo al campo económico, sino al social. De ahí que al delimitar el derecho de propiedad, al establecer los límites de la regla de conducta, el científico social debería ponderar esos otros intereses o valores individuales que hacen posible el orden espontáneo, a efectos de no tomar una decisión arbitraria.

Al respecto, Ricardo Crespo (2001) sugirió que la coordinación moral de los individuos resulta una condición implícita de la coordinación económica. Por tanto, dada la preocupación por la libertad del movimiento austríaco, cualquier delimitación de una regla de conducta debería reconocer, precisar y salvaguardar todas –y no sólo algunas– de las disposiciones presentes en las acciones individuales que hubieran dado origen a estructuras fácticas, orden o patrón, de modo de garantizar que un orden liberal se continúe distinguiendo por ser un orden compuesto por individuos autoconscientes, esto es, individuos que quieren conscientemente lo que quieren. De esta forma la exigencia de libertad hayekiana frente al Estado quedaría un poco más satisfecha, a la vez que el estándar austríaco para una decisión eficiente sería alcanzado.

Ahora bien, en tanto la regla de propiedad emerge de un proceso de selección grupal, sería conveniente analizar también los *deseos, ideas o creencias* que determinan los procesos decisorios de los individuos que participan en la competencia institucional. Pues dependiendo de la forma en que el individuo conciba y acceda al derecho, el resultado del proceso competitivo podría variar. En este sentido, la puja competitiva intergrupal podría darse entre individuos que considerasen al derecho de propiedad sencillamente en su sentido instrumental e individuos que considerasen la regla desde una óptica más amplia, desde las exigencias de la razonabilidad práctica; esto es, ponderando la regla a la luz de todo el conjunto de reglas o valores a los cuales tiene acceso. Qué tipo de regla sería más razonable esperar en la práctica resulta de una cuestión empírica que escapa al objeto del presente trabajo.

Sin embargo para formarnos una idea aproximada de cuál de ellas gozaría de mejor crédito desde la óptica hayekiana, viene al caso recordar las

causas y condiciones del origen de la regla de propiedad privada en la cultura occidental.¹² Hayek (1948) argumenta que la tradición cristiana se distinguió por otorgar al hombre la libertad de seguir su propia conciencia en asuntos morales; sólo de esta manera, el cristiano puede hacer que sus acciones gocen de algún mérito. A fin de alentar el desarrollo máximo de sus talentos y el uso máximo del conocimiento que de ordinario tiene acceso, la idea de hombre libre eventualmente hizo posible el libre mercado.

De modo que sería posible argumentar, en sintonía con el pensamiento hayekiano, que el desarrollo y adopción de teorías deontológicas del derecho de propiedad privada serían las más adecuadas para encarar una mejora a la regla de propiedad. Esto es, teorías que contemplasen la regla de conducta desde una óptica más amplia, desde las exigencias de la razonabilidad práctica; esto es, ponderando la regla a la luz de todo el conjunto de reglas o valores a los cuales el individuo tiene acceso, juzgando de ese modo las ventajas y desventajas sociales, el alcance o extensión de su aplicabilidad.

A la luz de lo expuesto, las promesas de maximización de ganancias o riqueza no constituirían un incentivo suficiente para lograr que los individuos acatasen las reglas de propiedad, como proponen Demsetz o el TC. Suponer a la escasez (consideraciones económicas) como fundamento del derecho de propiedad, o, a estos efectos, la eficiencia como criterio de delimitación del mismo, es desconocer la presencia de otros valores presentes en el sistema, hasta el extremo quizás de volver prácticamente superfluo este tipo de definición. Al respecto, Block (1995) señala que aún con bajos costos de transacción o equivalentes a cero, no existe ninguna garantía que se produzca el acuerdo voluntario entre los individuos para intercambiar derechos de propiedad, a los efectos de utilizar más eficientemente un recurso.

(b) La fundamentación y organización de un sistema de reglas propicias a un orden jurídico espontáneo y el método por el cual las reglas particulares emergen y se perfeccionan

Definir el derecho de propiedad privada exclusivamente en razón de su carácter instrumental, e incentivar su delimitación o asignación exclusiva-

mente en virtud de la eficiencia, implicaría no sólo un riesgo de desvirtuar el origen y significado de la noción de propiedad privada, sino también de atentar contra el equilibrio entre la consistencia lógica y praxeológica del sistema global de reglas que hubiera favorecido el origen del libre mercado, al obstruir deliberadamente el reconocimiento de preferencias alternativas de valores, subestimar las exigencias derivadas de las condiciones y circunstancias propias del orden imperante o las emergentes de cambios exógenos al mismo.

Un orden legal espontáneo es un orden resultante de conductas habituales de individuos, algunas de las cuales resultan en reglas de conducta incorporadas a la noción de ley correspondiente al mismo. Las reglas del lenguaje, las costumbres, la moral, las creencias, etc. constituyen otro juego de reglas que proveen una guía de comportamiento individual y, por tanto, conforman el orden legal espontáneo. Según Hayek, este tipo de orden no puede desligarse de las reglas de conducta que lo han moldeado, que se encuentran íntimamente vinculadas a la cultura y al fundamento de la libertad que una sociedad goza. Son así siempre objetivables de un contexto cultural determinado y se encuentran receptadas en el orden constitucional bajo principios jurídicos –tales como la libertad individual, la igualdad, la justicia, la buena fe, la tolerancia, la subsidiariedad de la acción estatal, etc., que conforman en parte las premisas sobre las cuales se asienta el sistema legal. Como se expuso con anterioridad, existen otras motivaciones para la acción individual además de las reglas legales y, el juez debe ser capaz de discernirlas y articularlas a la hora de reformular derechos en base a la legitimidad o ilegitimidad de las expectativas individuales. Éstas se han formado en torno a una normatividad más amplia que la positiva.

Conforme ya señalamos Hayek clasificó un grupo determinado de principios y reglas que estimó de una entidad cualitativa determinada, como más apropiados o conducentes a los valores subyacentes del orden liberal. De ahí que principios tales como el autoritarismo, el intervencionismo estatal o, la propiedad comunal como sistema exclusivo de propiedad no entren dentro de su concepto del gobierno de la ley (*rule of law*). Por eso, quizás el desarrollo o evolución de la regla de propiedad podría derivar más fielmente

de una investigación de los contornos normativos del sistema de reglas espontáneo existente, que no estuviera basada –al menos no exclusivamente– en el campo económico (“el funcionamiento más eficiente del mercado”), sino en el campo moral (en el campo de los valores), en tanto se ponderasen los principios y reglas ya receptados por dicho sistema de reglas.

Hayek concibió al *common law* como el sistema legal que alcanza el mejor equilibrio entre la coherencia lógica y praxeológica de las reglas que lo componen, exhibiendo de ésta manera una sana tensión entre el nivel de certeza y de flexibilidad –adaptabilidad– que un sistema legal ha de poseer para favorecer un orden espontáneo. Mario Rizzo (1999) puso de manifiesto las diferencias que en este punto emergen entre el AED y la tradición austríaca. En efecto, un sistema de reglas cuya finalidad es ordenar un gran número de acciones individuales, requiere de un orden interno coherente a fin de favorecer una coordinación de acciones y planes individuales significativa. Dicho orden interno ha de poder preservarse a través del cambio. Ello requiere que un conjunto de reglas posea por un lado, un grado de certeza (rigidez) determinado para proveer de seguridad a los individuos que conforman sus expectativas en torno a las mismas y, por el otro, la flexibilidad necesaria para adaptarse a los cambios que provengan de fuera del sistema. Según Rizzo, el *common law* resulta, en este sentido, el sistema que mejor resuelve esta tensión, pues las teorías o premisas que subyacen a dicho orden, que otorgan significado a la noción de lo que es justo o razonable, lo que es bueno o no es conveniente, provienen en última instancia de las bases del sistema, esto es, resultan del sentido común y, en el grado de entendimiento y compromiso que los individuos gobernados posean con las mismas. Su orden interno de reglas refiere mejor al orden de acciones, esto es, las expectativas gobernadas. El juez decide en base a teorías que provienen mayormente de dentro del orden legal y sus decisiones guardan estrecha correspondencia con lo que las partes, razonablemente, podían haber esperado de la ley. Se logra así la adaptación del orden legal al cambio que resulta de esta manera, la adaptación a un cambio esperado o razonablemente esperable. Desde un punto de vista praxeológico los cambios que son esperados no resultan sig-

nificativos y, por tanto, en base a dicho equilibrio, se favorece la equiparación de expectativas, favoreciendo la máxima consistencia interpersonal de planes. Es por eso que para Rizzo, el *common law* posee el equilibrio justo entre la consistencia lógica de la ley –esto es, un determinado orden axiológico del cual pueden deducirse reglas aplicables a los casos concretos– y la necesaria coherencia o consistencia praxeológica –entendiéndose por esta última el grado en que las reglas permiten alcanzar la coordinación de los individuos cuando llevan a cabo sus planes individuales.

El sistema legal propiciado por el AED constituye un ejemplo de la preeminencia del ordenamiento axiológico sobre el praxeológico, y por tanto no favorece la coordinación de los planes individuales. El AED utiliza al sistema legal como un medio para maximizar ciertas conductas o procesos de mercado; naturalmente, ello deriva en un entendimiento particular de la ley –esencialmente valorada como un medio para alcanzar diversos propósitos– y del papel de los jueces de perfeccionar la norma introduciendo consideraciones económicas en sus decisiones.

Por tanto, y a modo de conclusión preliminar, es posible sostener desde un punto de vista hayekiano que no existe ninguna razón para suponer que el concepto de propiedad tradicional deba considerarse inamovible o imponible de perfeccionamiento. Pero no es menos cierto que exista razón de peso alguna para sostener que la noción de propiedad derivada del TC, tal y como la ha expuesto Demsetz, constituya la evolución necesaria del mismo.

(ii) Argumentos austríacos contrarios a la operatividad del Teorema Coaseano

El presupuesto valorativo involucrado en el TC –la posibilidad de realizar objetivamente cálculos de costo-beneficio– para la delimitación o asignación de derechos de propiedad, ha sido objetado en tanto resulta incompatible con los postulados principales de una economía subjetiva, a saber: la subjetividad de las valoraciones, la radical incertidumbre de las expectativas individuales, la imposibilidad de medir la eficiencia, la naturaleza y alcance del sistema de precios como transmisor imperfecto de información, la

naturaleza de la información, etc. Seguidamente se expondrán los principales argumentos vertidos a lo largo del debate Block-Demsetz, como así también otros suministrados por importantes autores austríacos, críticos del teorema coaseano:

(a) No neutralidad del TC

El argumento puede dividirse en dos: por un lado, la falta de consideración de valores no monetarios en la descripción del TC en el caso de restricciones presupuestarias, y por el otro, los cambios en la distribución de ingresos/riqueza no resultan insignificantes en relación a la asignación de recursos. En primer lugar, el valor psíquico, aun con costos de transacción cero, no representa un ingreso monetario, y por eso si el usuario/propietario psíquico con restricciones presupuestarias, luego de la decisión judicial, no resulta titular del derecho sobre el recurso, no puede “compensar” – tal y como lo requiere implícitamente el teorema, a efectos de su neutralidad–, al nuevo titular del derecho de propiedad, en caso de sólo poseer el mismo como activo.

Como consecuencia de la crítica anterior, existe una modificación en la riqueza dependiente de la asignación del derecho de propiedad, que no resulta neutral, en tanto que produce variaciones en la demanda de consumo y, con posterioridad, consecuentes cambios en la asignación de recursos.

En este sentido, se ha apuntado que “para que la decisión del juez sea neutral, se requiere que no hayan cambios de riqueza al asignar responsabilidades. Esto sólo puede ocurrir si el valor de mercado de la externalidad es cero, lo cual haría, en primer lugar, que el problema se disolviera en sí mismo. Mientras que la externalidad tenga algún valor de mercado, el juez no puede juzgar sin afectar el Estado Final de Reposo (o, estado de perfecto equilibrio). Esta situación plantea dos problemas. Primero, si el Estado Final de Reposo es diferente, ¿cómo puede el juez comparar y elegir entre ellas?; Segundo, aún si concediéramos la rara posibilidad de que Estado Final de Reposo pudiera ser el mismo (siendo la probabilidad tan chica), ¿cómo sabríamos si el camino específico a dicho estado no ha sido modificado (en estruc-

tura y longitud)? Y, si hubiera sido modificado, de nuevo, ¿cómo efectúa el juez la comparación?” (Cachanosky, 2009).

Congruentemente con el argumento misieano de la no neutralidad del dinero, se ha señalado que el equilibrio parcial arribado en el caso, de por sí no explica una solución eficiente, en tanto que una alteración en la posición de riqueza de las partes podría perjudicar a terceros ajenos a dicho equilibrio y, de esa manera, alterar negativamente el equilibrio general. Así, por ejemplo, ante el efecto de una u otra asignación de derechos, el juez debería no sólo verificar el resultado de su intervención respecto de las partes involucradas, sino respecto de todos los terceros que eventualmente pudieran verse perjudicados por su decisión. Ello supone costos de transacción demasiado altos para la puesta en práctica del teorema (Stringham, 2001).

(b) Valoraciones subjetivas y la información económica

El TC o el AED suponen la utilización de un método objetivo para juzgar la eficiencia de la decisión judicial. Ello desconoce las exigencias de la teoría del valor austríaca, que advierte acerca de la imposibilidad de realizar comparaciones intersubjetivas de utilidad. Desde la tradición austríaca, resulta imposible al magistrado recolectar, cuantificar y ponderar las utilidades individuales de modo “neutral u objetivo”, a los efectos de establecer el “*usuario más eficiente*” o el que hubiera “*evitado el daño del accidente a menor costo*”; no es posible determinar cuantitativamente las utilidades y los costos de los individuos involucrados o, definir y apreciar el costo social de las externalidades, en virtud de los escollos que suponen la subjetividad de las valoraciones, la radical incertidumbre de las expectativas individuales y la naturaleza tácita y subjetiva de la información. Entonces el problema reside para la tradición austríaca en que el juez carece de un método objetivo que le permita por ejemplo, delinear con exactitud el valor monetario de una externalidad o, ponderar las utilidades individuales involucradas a los efectos de determinar una solución eficiente.

El AED ha utilizado el criterio de eficiencia Kaldor-Hicks a los efectos de sortear la dificultad señalada. La eficiencia de un resultado se produce

cuando se maximiza la riqueza monetaria existente; Si con el paso de una situación A a una situación B, unos ganan y otros pierden, B será mejor que A si aquellos que ganan al pasar a la situación B, potencialmente pueden compensar a los que pierden con el cambio, sin dejar de estar en una situación relativamente más favorable a la que tenían en la situación A. Dicho criterio supone la utilización de la moneda como unidad de medida de una decisión eficiente, y no de la utilidad o nivel de satisfacción individuales. Determina y pondera la “voluntad de pago compensatoria” de los individuos, en dinero. El sistema de precios es uno de los medios utilizados para predecir dicha “voluntad de pago compensatoria”. Ahora bien, como señala Stringham (2001), ello encuentra serios reparos desde una perspectiva misesiana. Según Mises, los precios son siempre pasado, constituyen un ratio producto del intercambio intersubjetivo de valoraciones en un momento determinado; son en efecto, parte de la historia económica que en virtud de la volatilidad del mercado, producto entre otras cosas de la radical incertidumbre de las expectativas individuales, raramente se repiten con la misma intensidad en el futuro. Y ello es así, en tanto las preferencias individuales que determinan el valor subjetivo de los bienes (entre ellos el dinero), solo se revelan a través de cada intercambio voluntario. Ello supone un problema a la determinación teórica del monto de la compensación potencial total. En línea con la advertencia hayekiana –la transmisión de información que realiza el sistema de precios es siempre imperfecta–, es posible argüir que siempre se tomará una decisión “poco informada” a la hora de ponderar la eficiencia de una decisión (Stringham, 2001:42).

(c) Costos de transacción generalmente demasiado elevados. Diferencia entre las fuerzas de negociación entre las partes

Existen varios casos donde los costos de transacción resultan ser demasiado elevados, por lo que las partes desisten en la celebrar acuerdos para internalizar los costes externos. Entre ellos, podrían enumerarse dificultades en las negociaciones por problemas del tipo dilema del prisionero y derechos de propiedad definidos parcialmente. Además, se ha apuntado que cuando existen dife-

rencias importantes en la fuerza de negociación, las partes se abstienen de negociar la colocación de costos externos. Ello podría traducirse, en la imposibilidad de enfrentar los costos de los análisis técnicos y profesionales que corroborasen una externalidad, como por ejemplo, los requeridos para la determinación de una externalidad de tipo ambiental.

A modo de conclusión

Coase dio pie a una revolución en materia de derechos de propiedad privada. Ésta dejó de ser objeto exclusivo de la filosofía del derecho —en cuanto a su definición y delimitación— y pasó a comprenderse como un instituto estrictamente de naturaleza económica. Su delimitación se volvió dependiente de consideraciones relativas a costos y beneficios individuales, y su finalidad o propósito derivó del servicio que el mismo provee al funcionamiento eficiente del mercado. Sin embargo, la recepción de la noción de la propiedad privada tal y como emerge del teorema coaseano o como ha sido postulada por importantes representantes del AED, encuentra importantes obstáculos para su efectiva integración al todavía floreciente cuerpo de doctrina austríaca, lo cual muestra que los recaudos que han sido expresados por importantes miembros de la tradición de Viena se encuentran fundados.

Un análisis pormenorizado de las concepciones de derechos de propiedad privada emergentes de ambas escuelas, pone a la vista las principales razones de dichos recaudos.

A estos efectos conviene destacar las diferentes concepciones de ley y sistema de leyes que emanan de ambas escuelas. Es indudable que desde la tradición austríaca ello refiere mayormente a Hayek, quien desarrolló con amplitud y profundidad más que ningún otro economista austríaco una teoría institucional atenta al proceso de mercado. Lo hizo en base a su teoría del orden espontáneo, referida principalmente a su análisis de equilibrio. Hayek concibió éste último como un intento de explicar el modo en que los planes individuales trazados en condiciones de incertidumbre e influenciados por factores de cambio endógenos al mercado, alcanzan un nivel máximo de

coordinación posible. Esto es, su principal preocupación en esta materia fue la de explicar cómo un orden de acciones determinado puede preservarse a través del cambio. Ante las exigencias del cambio, sugirió al proceso competitivo como un mecanismo compensatorio que permite que un determinado orden preserve sus cualidades esenciales –un determinado nivel de coordinación de expectativas y de difusión del conocimiento. En base a este mecanismo y con las limitaciones que dicha concepción conlleva, Hayek afirmó que un orden de mercado tiende a formarse a sí mismo, siempre y cuando el proceso que la dinámica competitiva conlleva, pueda llevarse a cabo sin mayores interferencias.

Análogamente a su explicación de un orden espontáneo de mercado, Hayek articula una explicación del orden espontáneo legal y de ello deriva el propósito central de la ley. Las reglas que gobiernan las acciones individuales son, según Hayek, usualmente de origen espontáneo, emergiendo de un proceso competitivo. El derecho de propiedad constituye un ejemplo de un producto de las fuerzas de selección grupal y, por tanto, es una regla no diseñada, cuyo óptimo de abstracción fue espontáneamente determinado a través de un largo proceso de evolución cultural. No resulta explicable sólo a partir del individualismo metodológico; argüir lo contrario encuentra de por sí fuertes limitaciones en el pensamiento hayekiano. Por eso, la teoría moderna de la selección grupal, de acuerdo a como ha sido reformulada por Sober y Wilson, pueda ofrecer una explicación más acabada de la conformación de la regla de propiedad privada y de las posibilidades de su eventual delimitación, que atentaría contra la regla tal y como ha sido formulada por Demsetz o emerge del TC. Como ha sugerido Whitman, una metodología mixta que involucrase tanto el individualismo metodológico como la teoría de la selección grupal, arrojaría mayores precisiones y luces en torno a su origen y a las posibilidades de su eventual delimitación por la razón individual.

Se ha argumentado que la regla de propiedad privada podría encontrar su origen en un proceso de selección grupal donde conductas incentivadas por teorías extrañas a la economía –como la moral o la religión–, hubieran predominado en la dinámica intragrupal o, hubiesen resultado favorecidas en la competencia intergrupal. El desarrollo y adopción de teorías deonto-

lógicas del derecho de propiedad privada, en la cultura Occidental, podrían observarse como un ejemplo de ello. La regla de propiedad privada expresaría algo más que el tipo de relación del individuo con los recursos existentes; también expresaría las propiedades de un equilibrio social. En última instancia, el fundamento de la propiedad privada podría provenir, como sostiene Block, del compromiso con un orden determinado, por lo menos proveniente de fuera de la profesión económica. Ello explica por qué las promesas de maximización de beneficios, no siempre constituirían un incentivo suficiente para que los individuos acatasen las propiedades de una regla de propiedad privada como la emergente del TC o postulada por Demsetz, entre otros.

Definir la regla de propiedad exclusivamente en razón de su carácter instrumental, o incentivar su delimitación o asignación exclusivamente en virtud de la eficiencia, implica un riesgo no sólo de desvirtuar el origen y significado de la noción de propiedad privada que hubiera favorecido el origen del libre mercado, sino también de atentar contra el equilibrio entre la consistencia lógica y praxeológica del sistema global de reglas que gobiernan el orden existente, al obstruir deliberadamente el reconocimiento de preferencias alternativas de valores o, las exigencias de las circunstancias creadas por la dinámica del orden imperante o las emergentes de cambios en el mismo.

Hayek no brindó una explicación analítica del modo en que el derecho de propiedad se delimita; su tesis consiste en demostrar que la razón individual, si bien puede introducir pequeñas variaciones en las mismas, resulta demasiado débil para influir en la selección grupal de reglas. En este último sentido, Hayek hizo pública su preferencia por *el common law* como un proceso concreto a través del cual emergen las reglas de conducta en un orden espontáneo.

Desde la perspectiva hayekiana, las posibilidades de perfeccionamiento de la regla de propiedad privada encuentran fuertes límites y condicionamientos que son incompatibles con las exigencias normativas del TC o el AED. Esas limitaciones pueden explicarse en base a dos elementos: la naturaleza y propósito de la ley, y el papel de los jueces en el sistema del *common law*. Para Hayek el propósito de la ley no consiste en ser un medio para un fin determinado, sino el de proveer un “conocimiento adicional” a los individuos para facilitar

la elaboración racional de sus expectativas; su finalidad consiste en lograr la mayor coordinación y utilización del conocimiento posibles. Por otra parte, Hayek posee un criterio preeminentemente positivo (a-valorativo) del rol del juez. El mismo está fuertemente limitado para realizar una mejora en la ley en tanto se encuentra, como todo planificador central, severamente limitado por el carácter disperso y tácito de la información. Además, a diferencia del juez coaseano o posnereano, el juez hayekiano no resuelve jamás en base a un único juego de reglas legales en una determinada materia, sino que lo hace articulando y deduciendo lógicamente de un conjunto más amplio de reglas, aquellas que servirán para proveer una solución al caso concreto. En este sentido, a los efectos de resultar compatible con el pensamiento hayekiano, cualquier perfeccionamiento de la regla de propiedad privada debería provenir de un lento proceso hermenéutico realizado a través del tiempo, llevado a cabo en un sistema de decisión judicial descentralizado. La imposición de la noción de propiedad emergente del TC o impuesta por el AED, sin el sometimiento a las fuerzas de selección grupal, podría llevar a reducir la claridad y obscurecer la consecución de los valores subyacentes al orden espontáneo. Pues en definitiva, como se ha argumentado aquí, la definición y delimitación del derecho de propiedad escapa a la pura racionalidad económica.

En relación a la maximización de beneficios o la eficiencia como criterios primordiales de la conformación y delimitación del derecho de propiedad privada, ella atenta contra la coherencia lógica y praxeológica del sistema global de reglas espontáneas. El *common law* muestra un equilibrio eficiente entre ambas exigencias, dado que las teorías o premisas subyacentes al sistema, que otorgan significado a la noción de lo que es justo o razonable, bueno o conveniente, provienen en última instancia del sentido común y del grado de entendimiento y compromiso que los individuos gobernados posean con las mismas. El juez decide en base a teorías que provienen mayormente de dentro del orden legal y sus decisiones guardan, de ese modo, estrecha correspondencia con lo que las partes esperan razonablemente de la ley. Es así como las expectativas individuales se adaptan al cambio en la ley, que resulta la adaptación a un cambio esperado o razonablemente esperable. Como afirma Rizzo, desde un punto de vista praxeológico, los

cambios esperados no resultan significativos, de modo que la máxima coordinación de planes y acciones individuales se encuentra incentivada, al tiempo que se respeta un orden axiológico determinado.

Pero aun cuando pudiesen obviarse estos problemas que hacen más que nada a la conformación y delimitación de la regla de propiedad, a los efectos de integrar como válida la noción de propiedad emergente del TC al cuerpo de ideas austríaco, se deberían sortear primero los obstáculos ya mencionados sobre la posibilidad de seguimiento de la misma. Ellos pueden resumirse en los siguientes puntos: (1) el carácter subjetivo y social de la decisión racional; (2) la radical incertidumbre de las expectativas individuales; (3) la imposibilidad de realizar comparaciones intersubjetivas de utilidad; (4) la falta de consideración del valor psíquico en la descripción formal del TC; (5) la carencia de un método adecuado para medir la eficiencia de la decisión judicial a la hora de delimitar derechos de propiedad; (6) la descentralización y dinámica de la información económica; (7) la función de los precios como creadores y transmisores de información.

En atención a lo expuesto, es posible afirmar que la tradición austríaca y el AED conducen a enfoques diferentes en materia de derechos de propiedad y resultan en cierto sentido competitivas entre sí. Los límites al individualismo metodológico que afectan la noción hayekiana de propiedad no pueden ser fácilmente ignorados o transgredidos por un economista de la tradición de Viena a los efectos de integrar el TC al cuerpo de ideas austríaco. La noción hayekiana de propiedad resulta más rica que la postulada por Demsetz o la que deriva del TC. Su vinculación con las nociones filosóficas de justicia y estado de derecho, heredadas de las teorías del derecho consuetudinario y del derecho natural, suponen mayores consideraciones que las económicas (referidas claro, al uso eficiente de los recursos), a la hora de asignarla o delimitarla. Por eso, argüir que la intervención del Estado debiera llevarse a cabo en caso de delimitación o asignación inicial del derechos en base a consideraciones puramente económicas (“de eficiencia”), contradice un principio esencial de un orden espontáneo que enuncia que el mismo no se basa en una jerarquía única de fines. Si bien no hay ninguna razón para suponer que el concepto de propiedad tradicional deba considerarse inamovible o impasible de perfeccionamiento,

no es menos cierto que exista razón alguna para sostener la noción de propiedad que deriva del TC o del AED como la evolución necesaria del mismo o como el resultado más evidente de su perfeccionamiento. Más bien podría sugerirse lo contrario, aunque ello resultase una cuestión empírica.

NOTAS

- 1 Coase sugiere un criterio de responsabilidad alternativo al propuesto por la ley del caso, fundado exclusivamente en consideraciones económicas, al comentar un caso de negligencia originariamente expuesto por Pigou, en torno a lo que se denominan «perjuicios sin indemnizar», esto es, perjuicios que incidentemente son causados a terceros, por los que no obtienen compensación alguna. Comentando el supuesto de conejos que invaden tierras aledañas de donde son criados, explicita que: “[L]a razón no es únicamente que el hombre que mantiene los conejos es responsable del daño; el hombre cuyas cosechas son destruidas también es responsable. Y si los costos de las transacciones de mercado hacen imposible un reordenamiento de derechos, a menos que conozcamos las circunstancias particulares, no podemos decir si es deseable o no que el hombre que tiene los conejos sea responsable del daño que cometen los conejos en propiedades vecinas. La objeción a la regla del caso Boulston es que, por ella, el criador de conejos nunca puede ser responsable. Fija la regla en un polo: y esto es tan indeseable desde el punto de vista económico, como fijar la regla en el otro polo y hacer que dicho comprador sea siempre el responsable” (Coase, 1960:122-125).
- 2 Mises (1980), quien aclara: “En grave error inciden quienes pretenden abordar las ciencias de la acción humana mediante sistemática epistemología del tipo que se utiliza en las ciencias naturales”.
- 3 En lo referente a la noción de equilibrio miseano véase Gunning, 2001.
- 4 Esto lo que hace que “la economía deje de ser un ejercicio de pura lógica y se vuelva una ciencia empírica” (Hayek, 1948: 45-50).
- 5 Ver nota 1.
- 6 Esta situación puede describirse con el siguiente ejemplo: El ferrocarril (F) transita junto a los campos de (C) y, al pasar, genera chispas que ocasionan incendios. Los costos de transacción se consideran bajos o nulos, y por tanto, ambas partes voluntariamente buscarán celebrar un acuerdo para adjudicar los costos del accidente. Si suponemos la asignación de responsabilidad por daños a F, F podría: 1) invertir en la compra de un aparato que evite las chispas, evitando la externalidad; o, 2) compensar a C por hasta el costo de la externalidad. Cualquiera de las dos que le resultase más económica. Si la responsabilidad se asignase a C, éste podría: 1) asumir el costo del incendio; o, 2) compensar a F para conseguir que éste instale el aparato contra chispas. En ambos casos, cualquiera sea la asignación de responsabilidad, se alcanzará un resultado eficiente.

- 7 El siguiente ejemplo ilustra el punto: La industria “I” produce contaminando el aire que el campesino “C” utiliza para sus cultivos, localizados en terrenos aledaños a la fábrica. Frente a esta situación, con bajos costos de transacción o iguales a cero, podrían darse cualesquiera de las siguientes situaciones, de acuerdo a quien resultase titular del derecho de propiedad sobre el recurso común: (a) Si “I” posee el derecho de propiedad sobre el aire, el campesino “C” deberá negociar a fin de lograr la reducción o eliminación de las emisiones o, renunciar a la cosecha de sus cultivos. Lo primero sucederá en caso que el pago de “C” a “I” no superase los beneficios monetarios de la cosecha e, “I” considerase que este valor fuese superior o igual a los costos para la instalación de un purificador; (b) Si “C” posee el derecho de propiedad sobre el aire, el industrial “I” deberá negociar para lograr continuar con las emisiones o, de lo contrario, renunciar de lo contrario a ellas. Lo primero sucederá en caso que el pago de “I” a “C” superase los beneficios monetarios de la cosecha. “C” tendrá interés en recibir el pago de “I”, si este valor fuese superior a los costos ocasionados por el daño proveniente de la polución aérea o igual al de la cosecha. De lo contrario, “I” deberá abstenerse de producir.
- 8 Hayek (1991) adoptó la teoría de selección grupal que suponía, como norma, procesos evolutivos beneficiosos producto de la primacía de las fuerzas de la selección grupal sobre las de la selección individual, privilegiándose el interés del grupo sobre el interés del individuo. No hay espacio aquí para ampliar estas ideas, ver Sober y Wilson (1998) y Whitman (2005).
- 9 Para un análisis de la dinámica de las acciones competitivas dentro de y entre los grupos ver Whitman (2005: 35-36).
- 10 El dilema del prisionero muestra cómo dos individuos, racionalmente, pueden decidir no cooperar entre sí, incluso si dicha estrategia, que resulta dominante en el juego, es contraria al interés de ambos participantes. El juego muestra como los individuos con convicción elijen su propio interés sobre los del grupo, obteniendo paradójicamente, un resultado peor para ellos y para el grupo. En un juego de coordinación, se supone un consenso mínimo entre los participantes, en cuanto que ambos pueden beneficiarse de la mutua cooperación. Si los individuos actúan unilateralmente, poseerán beneficios sensiblemente menores a los emergentes de la acción cooperativa o, incluso podrían resultar perdidosos. Los jugadores que cooperan entre sí, arriban a dos posibles equilibrios beneficiosos; dependiendo de las estrategias seguidas por los participantes, si cooperan, puede obtenerse un mínimo o un máximo de beneficios.
- 11 Como sostiene Walter Block desde la tradición lockeana, del compromiso con un orden determinado, “... por lo menos de fuera de la profesión económica”; esto es, con un sistema o colección de reglas provenientes de otros campos. Ver Block (1995:28).
- 12 Ver al respecto Facchini (2010) sobre el desarrollo relativo de Occidente respecto a Oriente, basado en la noción de individuo, de propiedad privada y las ideas cristianas, que propiciaron el capitalismo y la competencia institucional.

REFERENCIAS

- Alchian A. A., y Harold Demsetz, (1972): "Production, information costs and economic organization", *American Economic Review*, 62 (5), 777-95.
- Block, Walter (1977), "Coase and Demsetz on Private Property Rights", *Journal of Libertarian Studies*, N° 2.
- Block, Walter (1995), "Ética, Eficiencia, Derechos de Propiedad Coaseanos e, Ingreso psíquico: una respuesta a Demsetz", *The Review of Austrian Economics*, Vol. 8.
- Block, Walter (2002), "Derecho de propiedad privada, interpretaciones erróneas, moralidad y economía: en respuesta a Demsetz", *Libertas* N° 37.
- Boettke, Peter J. (1999), *The legacy of Friedrich von Hayek: Economics*, Edward Elgar Publishing.
- Cachanosky, Nicolás (2009), "A Misesian reading of the Coase Theorem: A calculation and Equilibrium Problem", Disponible en <http://www2.gcc.edu/dept/econ/ASSC/Papers2009/CachanoskyA Misesian Reading of the Coase Theorem.pdf>
- Coase, Ronald (1960), "El Problema del Costo Social", en <http://www.scribd.com/doc/22543485/Ronald-Coase-El-Problem-a-Del-Costo-Social>
- Crespo, Ricardo (2001), "Una reconsideración de los principios básicos de la Escuela Austríaca a la luz del pensamiento aristotélico", *Libertas* N° 34.
- Demsetz, Harold (1967), "Toward a Theory of Property Rights", *Am. Econ. Rev. Papers & Proc.* 57, 347, en <http://www.igidr.ac.in/~babu/law/Demsetz JLS2002.pdf>
- Demsetz, Harold (1979), "Ethics and Efficiency in Property Rights Systems", en Mario Rizzo (ed.), *Time, Uncertainty and Disequilibrium: Explorations of Austrian Themes*, Lexington Books, Mass., pp. 99- 123.
- Demsetz, Harold (2002), "Las interpretaciones erróneas de Block", *Libertas* N° 37.
- Facchini, Francois (2010), "Religion, law and Development: Islam and Christianity. Why is it Occident and not in the Orient that man invented the institutions of freedom?", *European Journal of Law and Economics*, Vol. 29, Issue 1, 103-129.
- Gunning, J. Patrick (2001), "The Property System in Austrian Economics: Ronald Coase's Contribution", en <http://www.constitution.org/pd/gunning/subjecti/workpape/cordrepl.htm>
- Gunning, J. Patrick (2001b), "The Praxeological Concept of Equilibrium", en <http://www.constitution.org/pd/gunning/subjecti/workpape/logeq ui.htm>
- Hayek, Friedrich (1990) "El significado de la Competencia", *Libertas* N° 13.

- Hayek, Friedrich (1936) "Economics and Knowledge", Presidential address delivered before the London Economic Club, en <http://www.virtualschool.edu/mon/Economics/HayekEconomicsAndKnowle dge.html>
- Hayek, Friedrich (1948), *Individualism and Economic Order*, The University of Chicago Press, en <http://mises.org/books/individualismandeconomicorder.pdf>
- Hayek, Friedrich (1966), "Los Principios de un Orden Liberal", Trabajo presentado en el encuentro de Tokio de la Sociedad Mont Pelerin, en <http://www.hacer.org/pdf/Hayek07.pdf>
- Hayek, Friedrich (1973), *Law, Legislation and Liberty. Rules and Order*, Vol. I, Routledge & Kegan Paul, London and Henley.
- Hayek, Friedrich (1976), *Law, Legislation and Liberty. The Mirage of Social Justice*, Vol. III, Routledge & Kegan Paul, London and Henley.
- Hayek, Friedrich (1985), "Los orígenes y los efectos de nuestros principios morales: un problema para la ciencia", *Libertas* N°3. Trad. por gentileza de Chiaki Nishiyama (ed.), *The Essence of Hayek*, Hoover Institution Press, 1984.
- Huerta de Soto, Jesús (1997), "La Escuela Austríaca Moderna frente a la Neoclásica", *Revista de Economía Aplicada*, Vol. V, en http://www.eumed.net/coursecon/textos/Huerta_de_Soto_austria-vs-neocla.pdf
- Huerta de Soto, Jesús (1992), *Socialismo, cálculo económico y función empresarial*, en: <http://www.jesushuertadesoto.com/madre2.htm>
- Krause, Martin E., Gabriel J. Zanotti y Adrián O. Ravier (2007), *Elementos de Economía Política*, Buenos Aires: Ed. La Ley.
- Mises, Ludwig Von, (1980), *La acción Humana, Tratado de Economía*.
- Samuelson, Paul A. y William D. Nordhaus (1990), *Economía*, Ed. XIII, Mc Graw Hill.
- Sober E. y Wilson D.S. (1998), *Unto Others: The Evolution and Psychology of Unselfish Behavior*, Harvard University Press, Cambridge, MA.
- Stigler, George, (1961), "The Economics of Information", *Journal of Political Economy*, Vol. 69 (3), en: <http://home.uchicago.edu/~vlima/courses/econ200/spring01/stigler.pdf>
- Stringham, Edward (2001), "Kaldor-Hicks Efficiency and The Problem of Central Planning", *The Quarterly Journal of Austrian Economics*, Vol. 4, N° 2.
- Stordeur (h), Eduardo y Juan F. Ramos Mejía (h) (2005), "Una lectura hayekiana de Coase", *Libertas* N° 42.
- Rizzo, Mario J. (1990), "Hayek's Four Tendencies towards Equilibrium", *Cultural Dynamics* 3 (1), en: http://works.bepress.com/mario_rizzo/18

- Rizzo, Mario J. (1999), "Which kind of legal order? Logical coherence and Praxeological Coherence", *Journal des économistes et des Etudes Humains*, Vol. 9 (4), en http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=mario_rizzo
- Whitman, Douglas Glen (1998), "Hayek contra Pangloss on Evolutionary Systems", *Constitutional Political Economy*, Vol. 9, pp. 45-66, en <http://www.csun.edu/~dgw61315/hayekcontra.pdf>
- Whitman, Douglas Glen (2009), "The Rules of Abstraction", Working paper, Dept. of Economics California State University, Northridge, en http://www.csun.edu/~dgw61315/abstraction_revised.pdf
- Whitman, Douglas Glen (2005), "Group Selection and Methodological Individualism: Compatible and Complementary", Working paper, Dept. of Economics California State University, Northridge, en <http://www.csun.edu/~dgw61315/GSMIfinal.pdf>
- Zywicki, Todd J. (2005), "Posner, Hayek & The Economic Analysis of the Law", Working paper, George Mason University School of Law, en http://www.law.gmu.edu/assets/files/publications/working_papers/07-05.pdf
- Zywicki, Todd J. (2004), "Reconciling Group Selection and Methodological Individualism", Working paper, George Mason University School of Law, en <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstractid=524402>