

RIIM

Revista de Instituciones, Ideas y Mercados

Nº 54 | Mayo 2010 | Año XXVIII

■ **Ensayos: La Escuela Austríaca en el siglo XXI**

Gabriel J. Zanotti

Una salida para el estancamiento epistemológico
de la Escuela Austríaca 5

Rafael Beltramino

La tradición Austríaca y sus posibles futuros 15

Rogelio Tomás Pontón

Popper y Mises sobre la praxeología 27

Leonidas Zelmanovitz

Inflation Targeting: Neither New nor Effective 37

Miguel Duranti

Randall Holcombe y la última línea de defensa del Estado mínimo . . . 53

David Ortiz

Entre el instinto y la razón: la evolución espontánea de las dietas 69

■ Dossier: Análisis Económico del Derecho

Editado por Pablo A. Iannello

Eduardo Stordeur (h)

Economía de los contratos y Escuela Austríaca de economía:
consideraciones preliminares 87

Federico Lanz

Los derechos de propiedad en la Escuela Austríaca de economía
y el Análisis Económico del Derecho: un análisis comparativo 135

Pablo A. Iannello

Algunos fundamentos normativos sobre las patentes de invención
en temas de medicinas esenciales 179

Facundo Rojo

Un mundo sin marcas registradas 205

■ Artículos y debates

Mario D. Serrafiero

La reelección presidencial indefinida en América Latina 225

Nicolás Lafferiére

¿Qué regula la ley cuando regula el matrimonio? 261

Eduardo Stordeur (h)

Concepciones de la igualdad y matrimonio homosexual:
breves consideraciones 277

RIIM

Revista de Instituciones, Ideas y Mercados

LIBERTAS NUEVA EPOCA

RIIM es una publicación académica de aparición semestral que tiene por finalidad la publicación de artículos originales en español e inglés en las áreas de economía, ciencias sociales y humanidades, con especial énfasis en las instituciones, ideas y tradiciones que hacen posible el funcionamiento de una sociedad libre. Cuenta con un consejo editorial interdisciplinario, y los trabajos publicados están sujetos a la aprobación de un referato anónimo.

RIIM is a bi-annual journal published by ESEADE under the academic responsibility of an interdisciplinary Editorial Board. The Journal publishes original academic production, in Spanish or English, in the field of economics, humanities and the social sciences, with emphasis on institutions, ideas and traditions associated with the principles of a free society. All contributions are subject to prior approval following a blind peer review process.

RIIM: Consejo Editorial y de Referato

Alejandra Salinas (Editora General), Enrique Aguilar, Ezequiel Gallo, Juan José Gilli, Mariano Grondona, Martín Krause, Carlos Newland, Carlos Rodríguez Braun, Mario Serrafiero, Eduardo Stordeur, Gabriel Zanotti, Eduardo Zimmermann.

ESEADE: Consejo Directivo

Enrique Duhau (Presidente), Santiago Bergadá, Gerardo Bongiovanni, Eduardo Bruchou, Emilio Cárdenas, Clarisa Estol, Alejandro Estrada, Alfredo Irigoin, Eduardo Marty, Gustavo Matta y Trejo, Enrique Zuleta Puceiro, Luisa Zorraquín.

ESEADE: Consejo Académico

Carlos Newland (Rector), Enrique Aguilar, Alfredo Blousson, Emilio Cárdenas, Leonardo Gargiulo, Delfina Helguera, Pablo Ianello, Martín Krause, Adrián Pin, Alejandra Salinas, Alicia Saliva, Martín Sisto.

Edición impresa

I.S.S.N. 1851-1066

Diseño de interior a cargo de Karin Bremer | info@karinbremer.com.ar

© 2011 by ESEADE

Uriarte 2472

C1425FNJ Buenos Aires, Argentina

www.eseade.edu.ar

Queda hecho el depósito de Ley 11.723

Este número puede ser adquirido en formato impreso en la sede de Eseade.

Edición digital

I.S.S.N. 1852-5970

Los números anteriores están disponibles sin cargo en:

www.eseade.edu.ar/riim/riim.asp

UNA SALIDA PARA EL ESTANCAMIENTO EPISTEMOLÓGICO DE LA ESCUELA AUSTRÍACA*

*Gabriel J. Zanotti***

Resumen: La epistemología de la Escuela Austríaca no ha llevado hasta sus últimas consecuencias hermenéuticas el subjetivismo que le es propio. Ese proyecto comenzó en los '80 con los intentos de Don Lavoie y sus discípulos, pero se estancó por partir directamente de Heidegger y Gadamer, sin pasar antes por la fenomenología de Husserl. Proponemos entonces retomar este último camino, fundamentando así los elementos propiamente hermenéuticos que se encontraban en Mises y Hayek.

Abstract: The epistemology of the Austrian School has not taken its subjectivism to its ultimate hermeneutic consequences. This project began in the '80s with the attempts of Don Lavoie and his disciples, but has stalled because it departed directly from Heidegger and Gadamer, without passing through the phenomenology of Husserl. We propose to recover this latter path, so as to ground the proper hermeneutic elements that were present in Mises and Hayek.

No es mi objetivo hacer aquí un resumen de la historia de la epistemología de la Escuela Austríaca (EA), aunque vendría muy bien para mi planteo. Más humildemente, digamos que, como todos sabemos, la EA fue muy

* Presentado en el III Congreso Internacional *La Escuela Austríaca de Economía en el Siglo XXI* (Agosto de 2010, ciudad de Rosario), organizado por la Fundación Bases, el Instituto Hayek y la Facultad de Ciencias Económicas de Rosario de la Universidad Católica Argentina.

** Doctor en Filosofía (UCA). Profesor Titular de Epistemología (Universidad Austral, UNSTA, UCEMA, ESEADE). Email: gabrielmises@yahoo.com

influida por la posición supuestamente apriorista extrema de Mises, que es en realidad la interpretación que Rothbard (1957) hace de Mises, y que tanto influyó e influye hasta hoy. No es la única posible (ver Machlup, 1955), pero los textos de Mises presentan cierta ambivalencia que no hacen de la posición de Rothbard ningún sinsentido (ver Mises, 1968: II;XIV).

Por supuesto, Hayek pensaba diferente pero no había generado, hacia los '80, una serie de discípulos importantes en los EE.UU., como sí lo habían hecho Rothbard y Kirzner, y por eso en ese momento su influencia en este ámbito no era tan importante como ahora sí lo es por el resurgimiento del análisis de *The Sensory Order*. Yo no pienso que ese sea la clave de su filosofía de la ciencia,¹ pero me desvíó de mi objetivo si justifico ahora mi posición al respecto.

Además, cierto debate de Kirzner (1975) con Hayek sobre el apriorismo o no en relación al tema de la empresarialidad, inclinó más la balanza hacia el apriorismo de Mises, aunque luego ese debate no fue continuado por Kirzner.

En esos momentos, por otra parte, Lachmann asistía un semestre por año a dictar cursos en la *New York University*, donde estaban los *Kirzner's boys*. Ello fue muy importante, pues Lachmann introdujo entonces una sensibilidad hermenéutica que obviamente no estaba presente en la interpretación Rothbard de Mises. Resultado de ello fue un interesantísimo libro de homenaje a Lachmann (en Kirzner, 1986),² donde la balanza se inclina hacia elementos propiamente hermenéuticos que ya estaban en Mises, que Lachmann (1977) enfatiza, lo cual se junta con los proyectos de diálogo con la hermenéutica continental de Don Lavoie (1990).

Pero ese diálogo no dio resultado por varios motivos:

a) Kirzner no apoyó las 'salidas nocturnas' hermenéuticas de sus discípulos.

Uno de ellos, el ahora famoso Roger Garrison (1986), apoyó a su maestro en una entonces famosa clasificación de tres concepciones de equilibrio: el *always*, de los neoclásicos; el *sometimes*, de los austríacos, y el *never*, de los "austríacos radicales", donde supuestamente se encontrarían Lachmann y Schacke (Crespo, 1998). Yo no pienso que sea correcta esa interpretación de Lachmann, pero, nuevamente, algunas de sus expre-

siones pudieron dar lugar a esa interpretación, donde, en principio, la hermenéutica quedaría ligada a una concepción donde el mercado no tendría per se ninguna tendencia a la coordinación, sino que sería caótica y casual, lo cual sería incompatible con la teoría del proceso de mercado elaborada por Kirzner (1992;2000:IV), que sintetizaba al mercado como proceso de Mises (1968:XV) y al orden espontáneo de Hayek.³

- b) La hermenéutica continental que toman Lavoie *et alia* es fundamentalmente la de Gadamer sobre la base de Heidegger. En Gadamer la noción de historicidad es fundamental, esto es, que el pasado constituye ontológicamente al presente, que las tradiciones culturales viven en el momento presente, esto es, que la historia no fue, sino que es (Gadamer,1993;1991/2). Esa presencia de lo histórico en cada momento social, sin las debidas aclaraciones, inclinaba la balanza al más peligroso villano de la ciudad gótica austríaca: el historicismo alemán, villano con cuyo enfrentamiento había prácticamente nacido, como se sabe, la EA: el famoso enfrentamiento Menger-Schmoller. Habría que ver si Schmoller fue tan terrible como la historia oficial de la EA lo presenta,⁴ sobre todo por influencia de Mises,⁵ pero el asunto es que la tradición (valga la paradoja, la historicidad) de la EA no le permitía aceptar tan fácilmente una hermenéutica que aparentemente inclinara la balanza hacia el historicismo.
- c) Perdido en el firmamento, aunque visible, como un sol en su órbita propia, estaba el fundamental Alfred Schutz (1967,1970,2003a,2003b). Decimos fundamental porque Schutz nos pone en camino de nuestra propuesta de solución, Husserl, dado que había tenido la peculiaridad de recibir las influencias tanto de Mises como de Husserl. Schutz advierte claramente que la clave del mundo social en Husserl es la inter-subjetividad, las relaciones entre personas, pero las referencias permanentes a Husserl, un autor que Mises y Hayek nunca incorporaron, desorientaban a los lectores más austríacos de Schutz, aunque hubo excepciones, desde luego (ver Smith, 1986).

Camino hacia una hipótesis de solución

- d) Esta fue entonces la clave de la cuestión: *el olvido de Husserl*. Husserl había elaborado una fenomenología opuesta al positivismo, porque recuperaba la noción de “sentido”, como “esencia”, presente ya en autores como Frege y Brentano, como una línea opuesta al psicologismo de Mill (Deaño, 1980). Y, aunque Husserl se oponga al historicismo como relativismo (Husserl, 1951), sin embargo advierte que aquello donde captamos las esencias es el mundo de la vida cotidiano e intersubjetivo, que tiene presente las tradiciones históricas (Husserl, 1970,1980,1989;1994). Esto genera cierta tensión en el llamado “último Husserl”.⁶ Sin embargo, el tema de la finalidad, la motivación de la acción humana como ley fundamental del mundo espiritual (Husserl, 1989), hubiera permitido elaborar fácilmente una teoría universal de la acción humana.
- e) Mises, sin embargo, había tomado su tren epistemológico en una estación de la cual nunca salió: el neokantismo de Max Weber. Desde allí, cualquier referencia a las “esencias” era mal vista. Las categorías *a priori* de la acción nos permiten comprender al mundo como nuestra inteligencia lo concibe, no como es en sí mismo (Mises, 1968:II.2).
- f) Hayek había partido siempre de una psicología evolutiva que concluye finalmente en su famoso *The Sensory Order*, donde una relación con una acción humana fundada en una acción espiritual inteligente y libre, irreductible a lo biológico, queda, por decir lo menos, muy conflictiva.⁷
- g) A pesar de ello, Mises y Hayek tienen dos elementos clave que los ubica decididamente, aunque ellos no hubieran querido o sus discípulos no quisieran, en una hermenéutica de las ciencias sociales, similar al camino que Don Lavoie intentó recorrer. Para Mises la praxeología como ciencia general de la acción humana es lo que da sentido a los fenómenos complejos de la historia, esto es, los interpreta (Mises, 1968:II.1). Para Hayek, su teoría del orden espontáneo es lo que permite identificar tendencias (*pattern predictions*) generales dentro de las infinitas variables de los fenómenos complejos, no sólo de las ciencias sociales, sino también en las naturales (Hayek, 1967c).⁸ O sea que ambos autores eran herme-

néuticos, pero con una afirmación de la “universalidad” de ciertas nociones en ciencias sociales que obviamente no interesaba a Heidegger.

- h) ¿Y a Gadamer? Como ya hemos dicho, a Gadamer, vía Husserl, sí le interesaba, y no porque el “vía Husserl” sea un agregado mío.⁹ Gadamer confía en una fusión de horizontes históricos diferentes¹⁰ a través de “lo humano” (Gadamer, 1995:184), importantísima herencia platónica que queda en su pensamiento y que permite una hermenéutica fenomenológica donde se pueden identificar nociones universales en mundos de la vida históricos.
- i) Ello es posible, precisamente, aplicando la actitud teórica de Husserl a los mundos de la vida del mismo Husserl, que como Gadamer dice, son un adelanto de sus horizontes históricos de pre-comprensión. Cada situación histórica concreta es particular en el sentido de que no es lo mismo la moneda en la Antigua Roma y en el Washington actual. Sin embargo, ambas situaciones históricas tienen “algo en común”: la naturaleza, la esencia, el sentido, de la relación intersubjetiva en cuestión. Cuando Mises define moneda como una mercancía que demandamos no para consumo directo, sino para intercambiar por otras mercancías que sí demandamos directamente para consumir (Mises, 1968:XVII.3), está haciendo una definición fenomenológica, universal, de la relación intersubjetiva que llamamos “cambio indirecto”. Y allí está la actitud teórica por la cual llegamos a la “naturaleza en sí misma” de cada relación intersubjetiva, sin dejar de lado sus peculiaridades históricas, esto es, la precomprensión en cada mundo de la vida, porque tanto la moneda en Roma como la moneda en los EE.UU. son “monedas”, y por ende no son ni totalmente iguales ni totalmente diferentes, sino análogas.¹¹
- j) Esta es la clave que faltaba al proyecto hermenéutico en su momento: una hermenéutica fenomenológica, donde las relaciones intersubjetivas que constituyen a la economía como realidad social y como ciencia (precio, interés, oferta, demanda, etc.) son definidas universalmente con el método de Husserl.

Implicancias de una hermenéutica fenomenológica

Una hermenéutica así entendida permite fundamentar la praxeología de Mises en una fenomenología de la acción humana, y además logra integrar las epistemologías evolutivas a lo anterior, pues en Husserl el mundo intersubjetivo incluye el cuerpo viviente (*leib*) (Husserl, 1989), y por ende no estamos hablando de una *res cogitans* separada del sistema nervioso, sino de una integración entre la acción humana libre e intencional (cuyo fundamento ontológico último se encuentra en la antropología de Santo Tomás de Aquino) con todo el sistema nervioso central.

Por otro lado, una hermenéutica fenomenológica nos permite colocar a las nociones intersubjetivas básicas de la economía (oferta, demanda, precio, interés de mercado, etc.) como nociones universales a partir de las cuales se interpretan los fenómenos complejos de los diversos mundos de la vida. Lo mismo sucede con la tendencia general a la coordinación, dadas ciertas condiciones (aprendizaje, precio, propiedad), lo cual es la clave del orden espontáneo en Hayek.

Por último, una hermenéutica fenomenológica concluye con el famoso debate sobre si la economía es *a priori* o *a posteriori*. Ese debate remite a una noción de sujeto-objeto superada también por la hermenéutica. No es cuestión de un sujeto que tiene en frente un objeto físico, sino una persona que “vive-en-el-mundo”. O sea: no es “a priori/sujeto” ni “a posteriori/objeto”, sino “mundo”, como mundo intersubjetivo humano, en el cual se dan las relaciones intersubjetivas que expresadas universalmente constituyen a la economía como ciencia. Eso incluye aclarar que cuando Mises sostiene que en la economía no hay testeo empírico, se refiere al testeo empírico del inductivismo antiguo. Actualmente, después de todo el debate Popper-Kuhn-Lakatos-Feyerabend, se podría decir sencillamente que no hay testeo empírico, sino sólo una humilde “ilustración” al estilo Machlup.

Conclusión general

La epistemología de la Escuela Austríaca puede seguir adelante si profundiza sus raíces hermenéuticas implícitas, y las hace explícitas mediante el aporte de Husserl, aclarando la intersubjetividad que es precisamente el ámbito ontológico del subjetivismo donde siempre se movió, pero sin perder por ello la pretensión de una ciencia universal.

Por lo demás, ello permite superar totalmente la noción de “información” por la de “conocimiento”, directamente como “interpretación”, esto es, “estar-en-el-mundo-de la-vida”. Esa es la clave para la superación de los viejos debates sobre la matematización o no de la economía.

En el orden del famoso testeo empírico, la Escuela Austríaca, si adopta el famoso giro hermenéutico, puede olvidarse de él sencillamente porque las ciencias naturales, si seguimos a Koyré (1966;1977;1979;1994), Kuhn (1955,1962,1971;1985) y Feyerabend (1981;1992;1995), (lo que implicaría el giro hermenéutico en ciencias naturales) sencillamente nunca lo utilizaron. Menos aún las sociales.

Finalmente, y no por ello menos importante, esto también puede ser una superación del debate actual sobre si hay dos Escuelas Austríacas o no, al reencaminar su posicionamiento epistemológico en un programa de investigación unificado, donde una noción cualitativa, hermenéutica, de “conocimiento disperso”, sea parte de su núcleo central fundamental.

NOTAS

- 1 Pensamos que sus artículos más valiosos al respecto son los clásicos “Scientism and the Study of Society” [1942], en Hayek (1979); “Degrees of Explanation” [1955] y “The Theory of Complex Phenomena” [1964], ambos recopilados en Hayek (1967).
- 2 Ver también los ensayos en memoria de Lachmann editados por Roger Koppl y G. Mongiovi (1998).
- 3 Creo que la mayor síntesis al respecto se encuentra en “Economics and Knowledge” [1936], “The Use of Knowledge in Society” [1945] y “The Meaning of Competition” [1946], recopilados en Hayek (1980).
- 4 Ver al respecto la revisión de la historia “oficial” en Caldwell (2004).

- 5 Para Mises el historicismo alemán es antecedente nada más ni nada menos que del nazismo. Nos parece obviamente exagerado, pero eso explica el apasionamiento del debate.
- 6 Ver en especial las aporías del mundo de la vida en Husserl (1970).
- 7 En ese sentido estamos de acuerdo con Crespo (2006).
- 8 Creo que “The Theory of Complex Phenomena” es la clave epistemológica de Hayek y su principal aporte a la filosofía de las ciencias.
- 9 Ver *Verdad y método* I: “...El concepto y fenómeno de horizonte posee un significado fundamental para la investigación fenomenológica en Husserl...” (Gadamer, 1991, Primera parte de la segunda parte, punto 8, cap. 1). Por supuesto esto no implica que se pueda pasar directamente de Husserl a Gadamer, sin solucionar la constitución de lo objetivo en el “yo” pasando por a experiencia subjetiva del mundo de la vida, que para nosotros se soluciona elaborando una noción fenomenológica de “mundo” como inter-subjetividad, que supera la dicotomía sujeto-objeto.
- 10 Gadamer (1992, II-II).
- 11 Este es uno de los principales puntos que he desarrollado en el Cap. II de mi libro *Hacia una hermenéutica realista*, Austral, Buenos Aires, 2005.

REFERENCIAS

- Caldwell, Bruce, 2004, *Hayek's Challenge*, Chicago: The University of Chicago Press.
- Crespo, Ricardo, 1998, “Subjetivistas radicales y hermenéuticos en la escuela austríaca de Economía”, *Sapientia*, pp. 419-429.
- Crespo, Ricardo, 2006, “La libertad en Hayek”, *Libertas*, N° 45, pp. 25-33.
- Deaño, A., 1980, *Las concepciones de la lógica*, Madrid: Taurus.
- Feyerabend, Paul, 1981, *Tratado contra el método*, Madrid: Tecnos.
- Feyerabend, Paul, 1992, *Adiós a la razón*, Madrid: Tecnos.
- Feyerabend, Paul, 1995, *Matando el tiempo*, Madrid: Debate.
- Gadamer, H.G., 1993, *El problema de la conciencia histórica* [1959], Madrid: Tecnos. Gadamer, H.G., 1991-1992, *Verdad y método*, I -II [1960-1986], Salamanca: Sígueme.
- Gadamer, H.G., 1995, *El giro hermenéutico*, Madrid: Cátedra.
- Garrison, Roger, 1986a, “From Lachmann to Lucas: on Institutions, Expectations, and Equilibrating Tendencies”, en Garrison, 1986b.
- Garrison, Roger, 1986b, *Subjectivism, Intelligibility and Economic Understanding*, New York: New York University Press.

- Grassl, Wolfgang y Barry Smith, 1986, *Austrian Economics: Historical and Philosophical Background*, London: Croom Helm.
- Hayek, Friedrich von, 1967a “Degrees of Explanation” [1955] en Hayek, 1967b.
- Hayek, F., 1967b, *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, London: Routledge and Kegan Paul.
- Hayek, F., 1967c “The Theory of Complex Phenomena” [1964], en Hayek, F., 1967b
- Hayek, F., 1979a, “Scientism and the Study of Society” [1942], en Hayek, 1979b.
- Hayek, F., 1979b, *The Counter-Revolution of Science*, Indianapolis: Liberty Press
- Hayek, F., 1980, *Individualism and Economic Order*, Chicago: The University of Chicago Press.
- Hayek, F., 1976, *The Sensory Order*, Chicago: The University of Chicago Press.
- Husserl, E., 1951, *La filosofía como ciencia estricta* (1911), Buenos Aires: EUDEBA.
- Husserl, E., 1970, *The Crisis of European Sciences* [1934-1937, aprox.], Chicago: Northwestern University Press.
- Husserl, E., 1980, *Experiencia y juicio* [1919-20, aprox.], México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Husserl, E., 1989, *Ideas, Second book* [1928, aprox.], Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers.
- Husserl, E., 1994, *Problemas fundamentales de la fenomenología*, Madrid: Alianza.
- Kirzner, Israel (comp.), 1986, *Subjectivism, Inteligibility and Economic Understanding, Essays in Honor of Ludwig Lachmann*, New York: New York University Press.
- Kirzner, Israel, 1979a, “Hayek, Knowledge, and Market Process” (1975), en Kirzner, 1979b.
- Kirzner, Israel, 1979b, *Perception, Opportunity and Profit*, Chicago: The University of Chicago Press.
- Kirzner, Israel, 1992, *The Meaning of Market Process*, New York and London: Routledge.
- Kirzner, Israel, 2000, *The Driving Force of The Market*, New York and London: Routledge.
- Koppl, Roger y G. Mongiovi (comp.), 1998, *Subjectivism and Economic Analysis, Essays in Memory of L. Lachmann*, New York and London: Routledge.
- Koyré, A., 1966, *Estudios Galileanos*, México: Siglo XXI.
- Koyré, A., 1977, *Estudios de historia del pensamiento científico*, México: Siglo XXI.
- Koyré, A., 1979, *Del universo cerrado al universo infinito*, México: Siglo XXI.
- Koyré, A., 1994, *Pensar la ciencia*, Madrid: Paidós.
- Kuhn, Thomas, 1971, *La estructura de las revoluciones científicas* (1962), México: FCE.

- Kuhn, Thomas, 1985, *La revolución copernicana* (1955), Madrid: Orbis.
- Lachmann, Ludwig, 1977, "Austrians Economics in the Present Crisis of Thought, en *Capital, Expectations, and The Market Process. Essays in the Theory of Market Economy*, Walter E. Grinder (comp.), Kansas City : Sheed Andrews and McMeel, Inc., pp. 25-41.
- Lavoie, Don, 1990, *Hermenutics and Economics*, New York and London:Routledge.
- Machlup, F., 1955, "The Problem of Verification in Economics", *Southern Economic Journal* 1, vol. 22.
- Mises, Ludwig von, 1968, *La Acción Humana*, Madrid: Sopec.
- Rothbard, Murray, 1957, "In Defense of 'Extreme Apriorism'", *Southern Economic Journal*, 3, Vol. 23.
- Schutz, Alfred, 1967, *The Phenomenology of the Social Word*, Chicago: Northwestern University Press.
- Schutz, Alfred, 1970, *On Phenomenology and Social Relations*, Chicago: The University of Chicago Press.
- Schutz, Alfred, 2003a, *Estudios sobre Teoría Social II*, Buenos Aires: Amorrortu.
- Schutz, Alfred, 2003b, *Las estructuras del mundo de la vida*, Buenos Aires: Amorrortu.
- Smith, Barry, 1986, "Austrian Economics and Austrian Philosophy", en Grassl y Smith, Op. Cit.
- Zanotti, Gabriel, 2005, *Hacia una hermenéutica realista*, Buenos Aires: Universidad Austral.

LA TRADICIÓN AUSTRÍACA Y SUS POSIBLES FUTUROS*

Rafael Beltramino**

Resumen: Este ensayo presenta una discusión y propuesta de síntesis de algunas posturas claves para la tradición Austríaca, a saber, la de Roger Koppl y Lawrence White, incluyendo también una referencia a los aportes de Robert Subrick y Scott Beaulier. Todos han publicado acerca de los posibles futuros de esa tradición, cuestionando entre otros aspectos la relación de ésta con el *mainstream* y sugiriendo nuevas vías para la investigación económica.

Abstract: This essay presents a discussion and draft summary of some key positions of the Austrian tradition, namely, those of Roger Koppl and Lawrence White, including a reference to the contributions of Robert Subrick and Scott Beaulier. All of them have published works about the possible futures of that tradition, challenging, inter alia, its relationship to the mainstream in economics and suggesting new avenues for economic research.

Nada parece más pertinente en un encuentro acerca de la tradición Austríaca que examinar sus posibilidades futuras. No para predecirlas, porque intentarlo sería una variante de la pretensión del conocimiento hayekiana, pero sí para bosquejarlas y ayudar a despejar sus senderos. Eso intentaré en este trabajo que está organizado como una discusión y propuesta de síntesis de

* Presentado en el III Congreso Internacional *La Escuela Austríaca de Economía en el Siglo XXI* (Agosto de 2010, ciudad de Rosario), organizado por la Fundación Bases, el Instituto Hayek y la Facultad de Ciencias Económicas de Rosario de la Universidad Católica Argentina.

** Contador Público (UNR). Magister en Epistemología e Historia de la Ciencia (tesis pendiente) (UNTREF). Profesor Adjunto, Epistemología y de Historia del Pensamiento Económico (UCEL). Email: rbeltramino@ucel.edu.ar

las dos posturas que considero claves para la tradición Austríaca de investigación económica: la de Roger Koppl y la de Lawrence White.

En general, cuando uno se embarca en un trabajo como el que me propongo aquí, como primera medida debe justificar su elección de los dos textos principales a comparar. Mi primer argumento consiste en resaltar a los autores, ya que tanto Koppl como White son dos de las principales figuras en la tradición Austríaca. Una lectura crítica podría hacer notar que hay varios autores más susceptibles de ser incluidos en esa vaga categoría de “principal figura de la tradición Austríaca”. Lo admito, no tengo ninguna pretensión de haber completado el tema. Pero eso me lleva a mi segundo argumento, que creo decisivo, y es que ambos han específicamente publicado sobre el tema del futuro o los posibles futuros de la tradición Austríaca, algo menos común entre otras de las principales figuras de la tradición. Por lo expuesto, y porque hasta donde sé ninguno de los dos textos ha sido todavía traducido al español, es que me ha parecido interesante compararlos críticamente.

A tal fin, dedico la sección I a analizar críticamente el artículo de Koppl y la sección II a hacer lo propio con el de White. En la sección III analizo un estudio de Robert Subrick y Scott Beaulier (2005), considerado por White. Por último concluyo, si bien de modo provisorio,¹ que tanto las opiniones de Koppl como las de White son ejemplos de que la tradición Austríaca está viva y goza de buena salud, porque se continúa cuestionando a sí misma.

El texto de Roger Koppl: la economía del *BRICE*

La propuesta de Roger Koppl fue por primera vez anunciada en una conferencia en la *Society for the Development of Austrian Economics* en noviembre de 2005, y apareció publicada al año siguiente en la *Review of Austrian Economics* (Koppl, 2006).

Koppl comienza su análisis adhiriendo a la distinción de David Colander, Richard Holt y J.B. Rosser (2005) entre ortodoxia y *mainstream*, afirmando que la primera es una categoría intelectual y la segunda es una categoría definida sociológicamente. La ortodoxia está definida por los libros de texto

de grado, mientras que la “corriente principal” está constituida por las élites de la profesión. Lo que no es *mainstream* es marginal, *edge*.

Koppl advierte luego, que frente a la crisis del *mainstream* actual,² la tradición Austríaca tiene la posibilidad de reunirse al *mainstream* para formar una nueva ortodoxia. En sus palabras, “We should grab tightly onto this opportunity with both hands” (2006:238). La consecuencia de no sumarse a la construcción de una nueva ortodoxia sería sumirse en un merecido olvido.

Pero más allá de ese llamado al intercambio intelectual, que no puedo dejar de compartir, es interesante analizar las bases por las que Koppl sostiene que pasan las influencias posibles de la tradición Austríaca en la nueva ortodoxia a construir. Para ello utiliza el acrónimo mnemotécnico BRICE, a saber: *Bounded Rationality, Rule Following, Institutions, Cognition, Evolution*.

Koppl argumenta, eficazmente a mi juicio, acerca de la influencia Austríaca en cada uno de esos temas centrales, enumerando en cada caso los autores y sus respectivos trabajos que, dentro de esa tradición de pensamiento, se han ocupado de cada uno.

Creo que la crítica que puede hacerse a Koppl es que no incluye en su artículo, sino tangencialmente, aquellos aspectos que la tradición Austríaca debería olvidar para la conformación de esa nueva ortodoxia, a los que me referiré brevemente. No pretendo ser original al respecto, sólo repetir lo que me parece más relevante.

En primer lugar, hay que deshacerse de los excesos *aprioristas* al estilo de los postulados por Murray Rothbard,³ o al menos reinterpretarlos como un compromiso metafísico previo (no sólo válido sino indispensable), como agudamente ha hecho mi querido amigo Ivo A. Sarjanovic (2008).

En segundo lugar, hay que reconciliarse definitivamente con las formalizaciones; los lenguajes formales son sólo eso, otros lenguajes, y por lo tanto las críticas dirigidas a los modelos de equilibrio general son las mismas, estén o no expresados matemáticamente.

Pero al mismo tiempo hay que reconocer el avance que constituye el proceso de formalización en la eliminación de las vaguedades y ambigüedades propias de los lenguajes naturales.

A ese respecto, creo que la disciplina nunca debió olvidar el consejo de Alfred Marshall, a quien cito en extenso:

It is obvious that there is no room in economics for long trains of deductive reasoning: no economist, not even Ricardo, attempted them. It may indeed appear at first sight that the contrary is suggested by the frequent use of mathematical formulæ in economic studies. But on investigation it will be found that this suggestion is illusory, except perhaps when a pure mathematician uses economic hypotheses for the purpose of mathematical diversions; for then his concern is to show the potentialities of mathematical methods on the supposition that material appropriate to their use had been supplied by economic study. He takes no technical responsibility for the material, and is often unaware how inadequate the material is to bear the strains of his powerful machinery. But a training in mathematics is helpful by giving command over a marvellously terse and exact language for expressing clearly some general relations and some short processes of economic reasoning; which can indeed be expressed in ordinary language, but not with equal sharpness of outline. And, what is of far greater importance, experience in handling physical problems by mathematical methods gives a grasp, that cannot be obtained equally well in any other way, of the mutual interaction of economic changes (Marshall, 1920:781-2).

Por último creo que hay que renunciar con convicción al espíritu del ghetto, entendible en toda minoría oprimida, pero que lleva en sí mismo y casi por definición la necesidad de exclusión, ya que no tiene sentido si no es minoritario.

El análisis de Lawrence White

A diferencia de Koppl, quien parte del análisis del entorno, el punto de partida de Lawrence White es intrínseco a la tradición Austríaca: comienza aclarando que lo que distingue a un economista que valora dicha tradición

(prefiere esa forma a decir “un economista austríaco”, por considerar esta última expresión limitativa, lo que comparto) es, siguiendo a Mario Rizzo (1996), la clase de preguntas que formula.

Luego de una breve reseña de la formación de los intereses Austríacos de investigación, a través de los trabajos de Menger, Mises y Hayek, White señala un quiebre en el año 1989, a quince años de comenzado el *revival* Austríaco.⁴ El autor remarca que durante esos primeros quince años se hizo hincapié en las diferencias metodológicas entre los Austríacos y el resto (por lo que él hace su *mea culpa* por su libro de 1977, *Methodology of the Austrian School*). Es interesante destacar que White señala que durante esos años los estudiantes Austríacos hacían poca economía, prefiriendo en cambio la lectura de Gadamer y dando lugar a la crítica de White a la hermenéutica. En sus palabras:

Too little of the ‘Austrian’ work in this phase actually did economics, that is, used Austrian ideas to offer novel explanations of important features of the World (...) I raised the obvious question of whether, for a student who has read Mises’ defense of subjectivism, the marginal benefit of studying Gadamer’s defense of subjectivism exceeded the opportunity cost of studying actual Austrian economics (White, 2008:11-24).

White aclara que, ya desde 1992 y sin desmerecer el trabajo hecho en temas meta-teóricos, había insistido en la necesidad de mayor énfasis en la economía aplicada. Además señala que sería mejor demostrar la superioridad de las herramientas de explicación de la tradición Austríaca usándolas que argumentando en favor de las mismas. Me parece muy valiosa esta crítica –que en parte es autocrítica de White– al subrayar el carácter ejemplar de la actividad científica. Como lo expresa mejor White:

But of course we should do research for the sake of better understanding the world, not for the sake of demonstrating the greater virtue of one approach over others (White, 2008:15).

White señala que, a partir de 1990, la tendencia original ha cambiado y que los estudios aplicados han aumentado notablemente, produciendo además trabajos muy atractivos.⁵

Luego White pasa a un punto, a mi juicio clave: el hecho de que un trabajo recomiende políticas de *laissez-faire* no es una condición ni suficiente ni necesaria para considerarlo dentro de la tradición Austríaca. No es una condición suficiente, ya que trabajos dentro de otras tradiciones, como la de la Escuela de Chicago y la neoclásica, sostienen recomendaciones de *laissez-faire*. Y, lo que es mucho más interesante, tampoco es una condición necesaria, porque según White “*a useful Austrian work may support no policy conclusions, or even anti-laissez faire conclusions*” (White, 2008:16).

Eso lo lleva a reseñar parte de la historia del debate acerca de la posibilidad de la *wertfreiheit*⁶ dentro de la tradición Austríaca, y a una conclusión que también vale la pena citar:

In case it needs to be said explicitly, let me say it explicitly: Austrian economics encompasses neither Hayek's Old Whig constitutionalism nor Murray Rothbard's anarcho-capitalism (White, 2008:18).

Comparto el punto de White, porque debe distinguirse entre una posición filosófica y una tradición de análisis científico y debe hacerse el máximo esfuerzo posible por mantenerlas separadas (o al menos lo más separadas que sea posible). Si ese esfuerzo no se hace, se corre el riesgo de excluirse de la tarea científica. Por supuesto, no digo (y mucho menos lo dice White) que eso sea tan simple, ni siquiera que sea absolutamente posible, pero el sentido mismo de toda busca científica es esa distinción, ya que las preguntas científicas son diversas de las filosóficas.

La tradición austríaca, significa una forma de preguntar, es decir por considerar dentro de los intentos de explicación científica, pero además como uno de los miembros más distinguidos en su generación: Fritz Machlup, señaló, siempre ha existido debate entre los miembros de la tradición austríaca, acerca de la importancia relativa de cada concepto (Machlup,1982).

En lo que discrepo con Machlup, es que luego de señalar los conceptos en los que hay consenso entre los economistas austríacos, agrega dos puntos que denomina altamente controversiales (*highly controversial*); uno de ellos es el individualismo político.⁷ Creo que esa superposición de áreas de análisis sólo puede traer confusión.

El análisis de White termina con un apartado de especial interés para la audiencia en un congreso sobre la tradición Austríaca: la suerte de los economistas austríacos y por qué ellos no han tenido más éxito profesional. Comienza afirmando que lo que minó al keynesianismo en la década del '70 fue el monetarismo y no la tradición Austríaca, ya que en 1974 cuando Friedrich Hayek recibió el Premio Nobel, los economistas austríacos no podían ni formar un equipo de baseball (que se integra con nueve jugadores).

Remarca este autor que en los análisis más difundidos, incluidos los de Robert Lucas sobre los ciclos (Lucas, 1977), hay coincidencias con las posiciones de Mises y Hayek, de quienes Lucas se diferenciaba con argumentos empíricos acerca de la propagación a través de la tasa de interés. White extrae una conclusión que me permito citar en extenso:

In retrospect, it seems a shame that no Austrians provided the journals with empirical evidence in favor of the Austrian theory. If we recognize it as a shame, there is a lesson to be learned: it pays to keep on top of the mainstream literature for openings where Austrian insights can be interjected (Op. Cit.:19).

También marca oportunidades como la caída del muro de 1989 y, me permito agregar, la última crisis financiera de 2008 que, es cierto, ha dado lugar a interpretaciones muy interesantes, incluida la de White (2008).

El último punto de White acerca de las razones del relativamente escaso éxito profesional de la tradición austríaca para el *mainstream*, nos remite al artículo de Robert Subrick y Scott Beaulier (2005), citado por el propio White.

El análisis de Robert Subrick y Scott Beaulier

Lo más interesante del análisis de estos profesores de la Universidad George Mason es que intentan mostrar empíricamente que los economistas austríacos no han demostrado demasiada *alertness* académica, es decir, que no han seguido las señales del mercado en la elección de sus tópicos de investigación, y que no deben por lo tanto asombrarse de su escaso éxito en términos de publicaciones *mainstream*.

Lo primero que sostienen estos autores es que los tópicos definidos por el resurgimiento Austríaco a partir de 1974 están casi agotados. Entre ellos mencionan, y cito textualmente para no interponer mi traducción, los siguientes:

The traditional topics of Austrian economics –an emphasis on sheer ignorance and radical uncertainty, the equilibrating tendency of entrepreneurs, and critiques of general equilibrium theory and market socialism– no longer offer fruitful avenues (2005:4).

Es una afirmación arriesgada, y por eso interesante, pero que no fundamentan específicamente. En cambio seleccionan tres áreas que consideran centrales para la profesión y analizan la respuesta (o mejor, la falta de respuesta) de la tradición Austríaca a las mismas. Las áreas son la teoría del desarrollo económico, la nueva teoría del comercio internacional, con su énfasis en la competencia imperfecta y los rendimientos crecientes (dejando de lado las ventajas comparativas Ricardianas y las formulaciones del modelo de Hecksher-Ohlin), y la nueva teoría del Estado.

Lo que argumentan los autores, basándose en los artículos de la *Review of Austrian Economics* es que más de la mitad de los mismos se orientan a temáticas ya agotadas, para lo que comparan las temáticas con las del *American Economic Review*.

También afirman que la fertilización cruzada entre el enfoque Austríaco y el *mainstream* es escasa, y sugieren explicaciones para esa ausencia de influencia mutua.

Sin aceptar el mencionado *explanandum* parece, sin embargo, interesante revisar las explicaciones sugeridas. La primera razón que sugieren los autores es semántica: los austríacos no se sienten demasiado cómodos presentando sus ideas en forma matemática. A continuación afirman que los austríacos no se dedican al trabajo empírico, ni para corroborar sus hipótesis ni para formular descripciones profundas al estilo de los historiadores. Por último, afirman que los austríacos se han unido demasiado al movimiento libertario.

Los autores analizan críticamente las explicaciones sugeridas y sostienen que ninguna es satisfactoria. Por eso sugieren que el problema radica más en la presentación de las ideas austríacas, que se hace de modo narrativo, sin formular hipótesis.

Copio en extenso:

We argue that the failure lies in the presentation of their ideas. Austrian economists tell stories of events. Their stories persuade some, but they lack one important feature: they do not present a hypothesis that, in principle, could be falsified (or even formulated). Without a clearly stated hypothesis, Austrians leave readers wondering how the theory relates to the evidence (2005:12).

Subrick y Beaulier concluyen que hay una falla en la *alertness* académica austríaca:

The Austrian emphasis on entrepreneurial alertness in the market process forms the core of the economic writings. Surprisingly, they have not extended this insight to the choices of research topics. Instead of being alert to new developments and insights within the mainstream of economic thought, they have chosen to remain discussing their traditional topics (2005:27).

Conclusiones

Creo que hay más semejanzas que diferencias entre Koppl y White. Comparto con estos autores la importancia de la tradición Austríaca, pero creo que también es importante no encerrarse en ella (de hecho en ninguna). El diálogo con todos los sectores dispuestos a participar del debate puede ser fructífero, si partimos del supuesto que podemos estar equivocados y los demás pueden estar en lo cierto.

Tanto el trabajo de Koppl como el de White son ejemplos de que la tradición Austríaca está viva y goza de buena salud, porque se continúa cuestionando a sí misma. No hay mejor homenaje que podamos hacer a la memoria de Menger, de Mises o de Hayek, que construir sobre sus trabajos y, a veces, en contra de sus obras.

NOTAS

- 1 Se ha dicho que en realidad todo escrito debería ser entendido como provisorio y por lo tanto resultaría innecesaria y redundante esta aclaración; pero prefiero ser redundante que correr el riesgo de que alguien pudiera tomar mi opinión como definitiva.
- 2 Queda dicho que Koppl escribió esto en 2005 y 2006; tal vez estén muy frescos todavía los sucesos de la última crisis financiera global para evaluar sus efectos en el seno de la comunidad académica económica, pero es más que probable que hayan acentuado la crisis detectada por Koppl en 2005.
- 3 Por ejemplo en “In defence of extreme apriorism” que fuera publicado originalmente en enero de 1957 en el *Southern Economic Journal* pp.314-320, y luego reimpresso en varias colecciones. Está disponible en el sitio web del Mises Institute.
- 4 Sinceramente no considero demasiado interesante discutir si el Premio Nobel de Hayek se debió a la conferencia en el Institute of Human Studies del ‘73, o a la tarea de Murray Rothbard, Israel Kirzner, etc. Creo que la misma pregunta no tiene demasiado sentido, ya que lo más probable es que hayan actuado todos esos factores, con distinta influencia de acuerdo al sector académico. Pero además, salvo que pensemos dogmáticamente que algunas interpretaciones se alejaron de la verdad revelada, todas contribuyeron al menos a la difusión de una tradición que se había visto casi reducida a investigaciones individuales en la década del ‘50.
- 5 White usa exactamente el mismo término que Deirdre McCloskey, “oomph”, originalmente referido a la atracción para con el sexo opuesto. Véase McCloskey, (2005).
- 6 El término es de Max Weber y refiere al ideal regulativo de una ciencia axiológicamente neutral, es decir, independiente de valores. Ver principalmente Weber (1981).

- 7 La otra es la soberanía del consumidor. Es interesante agregar que en un reportaje anterior Machlup había identificado esas dos posiciones adicionales controversiales como propias de Mises y además había aclarado que la mayoría de los austríacos las rechazaban (“...but these two tenets were not accepted by the majority of the Austrians, certainly not by Menger and Wieser of the older generation, but also not by some others who had achieved reputations as leading Austrians economists” (Machlup, 1980).

REFERENCIAS

- Colander, David, Richard Holt y J.B. Rosser Jr. (2005), “The Changing Face of Economics”, *Evolutionary and Institutional Economics*, 2 (2), 213-223.
- Koppl, Roger (2006), “Austrian Economics at the Cutting Edge”, *Review of Austrian Economics*, Vol. 19 (4), December, pp. 231-241.
- Lucas Jr., Robert E., 1992 [1977], “Understanding Business Cycles”, en Hoover, K.D., *The New Classical Macroeconomics*, Aldershot, Elgar, pp. 99-115.
- Machlup, Fritz (1980), “An interview with Fritz Machlup”, Joseph Salerno and Richard Ebeling, *Austrian Economic Newsletter*, Vol.3, N°1.
- Machlup, Fritz (1982), “Austrian Economics”, *Encyclopedia of Economics*, Mc Graw Hill, New York.
- Marshall, Alfred (1920) [1890], *Principles of Economics*, 8° Edition, Macmillan and Co., Londres
- McCloskey, Deirdre (2005), “The Trouble with Mathematics and Statistics in Economics”, *History of Economic Ideas*, XIII (3), pp.85-102.
- Rizzo, Mario (1996), “Introduction. Time and Ignorance after ten years”, en Rizzo, Mario y Gerald O’Driscoll, (1996) [1985], *The Economics of Time and Ignorance*, Routledge, New York.
- Rothbard, Murray (1957), “In Defence of Extreme Apriorism”, *Southern Economic Journal*, Jan., pp.314-320.
- Sarjanovic, Ivo A. (2008), “Popper y los austríacos: atando cabos”, *RIIM*, N° 48 (mayo), pp. 17-32.
- Subrick, J. Robert y Scott Beaulier (2005), “An appeal from New to Old (and Middle Aged) Austrians”, Mercatus Center, George Mason University, en <http://mercatus.org/publication/appeal-new-old-and-middle-aged-austrians>

- Weber, Max (1981) [1917], *El político y el científico*, trad. Francisco Rubio Llorente, Alianza Editorial, Madrid.
- White, Lawrence (2008b), “How did we get into this financial mess”, *Cato Briefing Papers*, N° 110, November 18th; y la conferencia sobre el tema en la Universidad Francisco Marroquín disponible on line.
- White, Lawrence (2008a), “The Research Program of Austrian Economics”, *Advances in Austrian Economics*, Vol. 11: *Explorations in Austrian Economics*, Roger Koppl (ed.), pp. 11-24.
- White, Lawrence, 2003 [1977], *The Methodology of the Austrian School Economists*, The Ludwig Von Mises Institute, <https://mises.org/PDF/Methfinb.pdf>

POPPER Y MISES SOBRE LA PRAXEOLOGÍA*

*Rogelio Tomás Pontón***

Resumen: Se analiza en este ensayo la posición metodológica de Karl Popper y Ludwig von Mises y su aplicación a la ciencia económica. Con respecto al dualismo metodológico de Mises, se trata de complementarlo con el pensamiento del fenomenólogo Max Scheler. Se hace hincapié, más detenidamente, en el carácter praxeológico de la ley de los rendimientos decrecientes.

Abstract: We present in this short article the methodological positions of Karl Popper and Ludwig von Mises and their application to economics. With respect to Mises's methodological dualism, we intend to complement it with the thought of phenomenologist Max Scheler. In particular, we stress the praxeological character of the law of diminishing returns.

Vamos a analizar dos posturas metodológicas que se pueden aplicar a la ciencia económica y que fueron cultivadas por dos eminentes autores: Sir Karl Popper y Ludwig von Mises. Ambos se tenían un mutuo respeto. Como reconoce Popper:

Siempre fui muy consciente de la contribución absolutamente fundamental que Mises había hecho y siempre sentí por él una gran admiración. Quiero

* Presentado en el III Congreso Internacional *La Escuela Austríaca de Economía en el Siglo XXI* (Agosto de 2010, ciudad de Rosario), organizado por la Fundación Bases, el Instituto Hayek y la Facultad de Ciencias Económicas de Rosario de la Universidad Católica Argentina. Versión revisada del artículo publicado originalmente con el título "Praxeología y Ley de Rendimientos Decrecientes", *Revista Invenio*, Vol. 13, N° 24, junio de 2010, pp. 7-11.

** Contador Público (Universidad Nacional de Rosario). Profesor Titular, Universidad del Centro Educativo Latinoamericano (UCEL). Email: ponton@bcr.com.ar

hacer hincapié en este punto, puesto que tanto él como yo éramos conscientes de la fuerte oposición entre nuestras maneras de ver las cosas en el ámbito de la teoría del conocimiento y la metodología...La metodología de Mises era, por decirlo de forma breve, subjetivista y lo abocaba a reclamar, para los principios de la ciencia económica, la absoluta certeza de la verdad. Mi metodología, en cambio, era objetivista y me llevaba a ver que la ciencia es falible y crece siguiendo el método de la autocrítica y la autocorrección; o, por decirlo de una manera más intrincada, siguiendo el método de las conjeturas y el ensayo de refutación (Popper, 2010:489).

La concepción de Popper, llamada “monismo metodológico”, aplica a la ciencia económica el mismo método que a las ciencias naturales, el hipotético-deductivo. La de Mises es llamada “dualismo metodológico”, ya que es diferente para una u otra disciplina. Hoy día la mayor parte de la profesión se inclina por el primer camino, pero esto no significa que la verdad esté de su parte.

El monismo metodológico parte del desarrollo de hipótesis de las cuales se deducen leyes y teoremas. Estas leyes y teoremas son contrastados o *falseados* con los datos empíricos y si sobreviven pasan a constituir el cuerpo de la ciencia. Por ejemplo: supongamos que alguien formula la hipótesis de que “todos los patos son blancos”. Dicha conjetura se mantiene mientras no haya nadie que muestre que hay “patos negros o de otro color”. En ese caso la hipótesis ha sido falseada y se derrumba, formulándose una nueva hipótesis: “todos los patos son blancos o negros”. Y así sucesivamente. Claro que la falsación no es tan fácil dado que, como dice el físico John Polkinghorne, el ave podría ser un pato, un ganso o una cigüeña.

Mises y algunos de sus discípulos sostienen que la teoría de Popper puede ser válida para las ciencias naturales pero no para las ciencias sociales y, en concreto, para la economía. La razón es que no hay posibilidad de falsear ningún teorema de esta ciencia dado que los hechos económicos son complejos y por ser históricos pertenecen al pasado, y no hay forma de aislar las distintas variables que lo han compuesto.

Supongamos que alguien sostenga que la inflación tiene como causa la emisión monetaria y que a través de estadísticas monetarias y de precios se

quisiera demostrar esto, como lo hace Milton Friedman en su *Historia Monetaria de Estados Unidos*. Como los hechos económicos son siempre del pasado (históricos) no hay posibilidad de aislar las numerosas variables que lo componen. Es por ello que algunos autores sostienen que hay que partir de algún axioma y desde allí, por la vía deductiva, llegar a la formulación de los distintos teoremas que nos van a servir para interpretar los mencionados hechos. La imposibilidad de falsear estos teoremas requiere ser muy cuidadoso en la elección del axioma del cual se parte y en el proceso deductivo posterior. Ese axioma tiene que ser evidente.

El axioma del que parte Mises es la “acción humana”. Para él “todo ser humano actúa tratando de pasar de una situación menos favorable a una situación más favorable”. Mises sostiene que este axioma es evidente y no podría no ser cierto. En este sentido lo diferencia de algunos axiomas de la geometría, como el afirmado por Euclides que “desde un punto exterior a una recta sólo pasa una paralela a esa recta”. Este axioma sólo es válido para la geometría euclidiana. En el siglo XIX, Lobachevsky y Riemann formularon dos axiomas distintos: “por un punto exterior a una recta pasan infinitas paralelas a esa recta” o “por un punto exterior a una recta no pasa ninguna paralela a esa recta”, constituyendo las geometrías no euclidianas. Por el contrario, para Mises el axioma de la acción humana es una verdad de la cual no se puede dudar.

¿Es que la experiencia no juega ningún papel para esta teoría? Ciertas afirmaciones de Mises parecen sostener esto. Por ejemplo, escribe en su obra *Human Action*:

The propositions of praxeology are not derived from experience. They are, like those of logic and mathematics, a priori. They are not subject to verification or falsification on the ground of experience and facts. They are both logically and temporally antecedents to any comprehension of historical facts (Mises, 1966:32).

Es importante aclarar, antes de seguir analizando esta concepción, que las deducciones de las que habla von Mises son algunos teoremas que entran

dentro de lo que él denomina *praxeología* (ciencia de la acción humana), como ser: la ley de la utilidad marginal decreciente, la ley de proporciones variables, la ley de preferencia temporal y la ley de asociación de Ricardo. Cuando nos adentramos en la economía más estricta, la *catalaxia* (las relaciones de mercado), aquellas leyes sirven para un análisis que toma mucho de la experiencia. En este campo se formulan hipótesis de trabajo que no parten de axiomas evidentes sino que utilizan herramientas o teoremas que sí han partido de un axioma evidente.¹

Ahora bien, cabe preguntarnos si el axioma de la acción humana del que parte Mises es un *a priori* kantiano. Comúnmente, cuando se habla de *a priori*, se da a entender que se hace referencia a la filosofía de Kant y esta parecería ser la concepción misiana. Así por ejemplo, Barry Smith escribe:

It is clear that Mises sees his methodology primarily in terms recalling Kantian doctrines. This is seen, for example, in his oft-repeated remarks to the effect that: 'The a priori sciences –logic, mathematics, and praxeology– aim at a knowledge unconditionally valid for all beings endowed with the logical structure of the human mind' (Smith, 1994:314).²

Esta concepción del axioma de la acción humana de Mises, de origen kantiano –y por lo tanto con un *a priori* sin contenido de experiencia alguna– no es la única interpretación, y puede complementarse con la doctrina de la escuela de la fenomenología, y concretamente de Max Scheler.

En la obra de Karol Wojtyła, *Max Scheler y la ética cristiana* (1982) se hace una muy buena introducción al pensamiento del destacado filósofo alemán. Vamos a citar el texto no para expresar similitud alguna entre la ética y la praxeología sino porque creemos que hay otros caminos que pueden permitirnos mejorar nuestra comprensión de la ciencia económica. A nuestro juicio, en esta materia tienen mucho que decirnos los filósofos de la tradición fenomenológica.³

Escribe Wojtyła que:

Todo conocimiento científico y toda ciencia se basan en la experiencia. También la ética ha de basarse, por tanto, en la experiencia. Pero la experiencia en que se basa la ética es distinta de aquella en que se fundan las llamadas ciencias exactas, y ello por la singularidad de la ética respecto de las demás ciencias. En éstas, basándonos en la experiencia, llegamos a conclusiones y aseveraciones a través de la inducción. En la ética, en cambio, tal método empírico-inductivo es impracticable, toda vez que las proposiciones obtenidas inductivamente sólo nos permitirían establecer lo que en determinadas condiciones se consideraba bueno o malo. Sin embargo, en la ética se trata de lo que es bueno o malo, del mismo bien o mal moral como tal. En tal sentido, no podemos obtener inductivamente el bien y el mal a partir de los datos empíricos, por lo que –como afirma Scheler– han de venir dados *a priori*. Pero Scheler no pone este apriorismo más allá de la experiencia en general, sino sólo más allá de aquella experiencia que constituye el dato de partida de las ciencias exactas.

Luego continúa diciendo Wojtyła que,

Al mismo tiempo, Scheler rechaza todo apriorismo en sentido kantiano. El *a priori* formal, subjetivo, tal como lo concibe Kant en su ética, es, a juicio de Scheler, una mera construcción mental. El objeto de la ética no son los hechos ‘formales’ sino los ‘materiales’; no las construcciones subjetivas, sino los valores objetivos. Y los valores, según Scheler, son objeto de experiencia. Esta es la llamada experiencia fenomenológica. El nombre le viene del hecho de que los valores, objeto de tal experiencia, se manifiestan en el contenido de la vida emocional humana.

La experiencia fenomenológica nos permite captar el valor mismo de modo inmediato e intuitivo, proporcionándonos, por tanto, un ‘*a priori* objetivo’: “Es objetivo respecto del contenido de la intuición y *a priori* respecto del carácter inmediato e intuitivo de la conciencia”.

Creemos que la base fenomenológica de la praxeología puede ser una vía para una mejor comprensión del pensamiento de Mises.

Volviendo a Popper, vimos en su primer cita que él llama a la concepción de Mises ‘subjetiva’, para contrastarla con la suya a la que llama ‘objetiva’, pero esta diferenciación nos sirve para contrastar la base subjetiva de la economía, a diferencia de la base objetiva de la física.

El principio de incertidumbre de Werner Heisenberg nos dice que el movimiento de las partículas atómicas sigue un derrotero ‘incierto’. Al ser imposible fijar a la vez la posición y el momento de una partícula, se renuncia al concepto de trayectoria, importante en la física clásica. En vez de eso, el movimiento de una partícula queda regido por una función matemática que asigna, a cada punto del espacio y a cada instante, la probabilidad de que la partícula descrita se halle en tal posición en ese instante. A partir de esa función de onda, se extraen teóricamente todas las magnitudes del movimiento necesarias. Esta es la interpretación de la Escuela de Copenhague.

Por el contrario, la acción humana es teleológica y, por lo tanto, sigue un camino planificado, subjetivo. Aplicar a la ciencia económica la misma metodología que se aplica a la ciencia física es abandonar lo más importante que tiene la acción humana que es su teleología (un eminente físico, Pascual Jordan, sostuvo en su juventud que las partículas actúan ‘libremente’, pero en realidad esto no es más que una confusión dado que la libertad tiene como base la teleología con que actúa el ser humano).

Algunos sostienen que la concepción de la escuela de Copenhague es subjetiva pero esto no se puede traer a colación. Se le atribuyó ese carácter dado que cuando se realiza una medición (humana) la función de onda colapsa y sólo queda una posibilidad. Pero en realidad, es algo que ocurre fuera de nosotros, no planificado como puede ser la acción económica. De todas maneras, las más modernas concepciones de la mecánica cuántica son ‘objetivas’ en el sentido de que no hay un colapso de la onda sino que todas las probabilidades existen objetivamente (esta es la teoría de Hugh Everett sobre los universos múltiples).

Como un ejemplo de la metodología de Mises, veamos su aplicación a la llamada ley de los rendimientos decrecientes. Esta ley puede interpretarse ‘objetivamente’, como un resultado de la experiencia y de la técnica, pero en realidad necesita teñirse con la ‘subjetividad’ que le imprime la praxeología.

Entonces, ¿resulta dicha ley de la experiencia o, por el contrario, es válida *a priori*?

La ley de los rendimientos decrecientes afirma que cuando se combinan dos factores productivos (puede ser mano de obra y capital) y el uso de uno de ellos aumenta mientras el del otro permanece constante (por eso se llama también ley de las proporciones variables), al principio los rendimientos son más que proporcionales pero, llegado a un punto, pasan a ser menos que proporcionales.

Frecuentemente en los libros de texto, para describir la mencionada ley, se presenta un cuadro donde en distintas columnas se muestran la utilización del factor variable (permaneciendo el otro factor fijo), el producto total, el producto medio y el producto marginal (incremento del producto cuando se incorpora una unidad más del factor variable). Este último presenta un crecimiento hasta un determinado punto y desde allí un decrecimiento. Los números que se utilizan nacen de la experiencia diaria (por ejemplo la utilización de la sal en las comidas) pero no son totalmente inventados ya que hay una relación necesaria entre ellos.

De todas maneras, hay que hacer notar que algunos economistas no están de acuerdo con la mencionada experiencia. Un afamado profesor de economía de empresa, Erich Gutenberg, que fuera docente de la Universidad de Colonia (Alemania), en el tomo primero de su obra *Fundamentos de la Economía de Empresa*, sostiene que los análisis estadísticos realizados en distintas empresas industriales demuestran que las curvas de costos⁴ no confirman la teoría de los rendimientos decrecientes. Las curvas serían lineales.

Veamos lo que sostiene Mises sobre esta ley. Este autor considera que “la ley de rendimientos en sí misma, es decir, el hecho de que debe existir algo como una combinación óptima (de los factores), es válida *a priori*”. Para él la ley de rendimientos decrecientes se deduce de la acción del hombre en el mundo, como vimos más arriba. Precisamente, el capítulo en donde se analiza este tema se llama *Action Within the World*. En el punto uno de dicho capítulo se analiza la ley de utilidad marginal y en el punto dos la ley de rendimientos. Es decir que Mises considera a ambas leyes praxeológicas (deducidas de la acción humana). ¿Cuál es la razón

para que la considere de esa manera y no una mera ley de la técnica producto de la experiencia?

Mises parte de que en los bienes de consumo (o de primer orden, en terminología de la Escuela Austríaca), que son bienes económicos porque son escasos, una determinada cantidad de causa produce una determinada cantidad de efecto. Para los bienes de orden superior (factores productivos): una determinada cantidad b del bien B produce una determinada cantidad de efecto $beta$. Complementariamente, una determinada cantidad c del bien C produce una determinada cantidad de efecto $gamma$. Sólo los concertados efectos de $beta$ y $gamma$ producen la cantidad p del bien de primer orden D.

Si b permanece fijo, nosotros llamamos al valor de c que resulta en el más alto valor de p/c , el óptimo. Si varios valores de c resultan en el más alto valor de p/c , luego nosotros llamamos el óptimo al que resulta también del más alto valor de p . Si los dos bienes complementarios son empleados en una relación óptima, ambos obtienen el rendimiento más pleno. No hay sobrante de potencialidad. Si nosotros nos desviamos de la combinación óptima incrementando la cantidad de C sin cambiar la cantidad de B, el rendimiento debería ser mayor pero no en la proporción al incremento de C. Si es posible aumentar el producto de p a p_1 , a través del aumento de c a cx (siendo x mayor a 1), nosotros tenemos las siguientes relaciones: $p_1 > p$, y por transposición matemática, $p_1c < pcx$.

Si fuera posible compensar una disminución en b por un correspondiente incremento en c , al mismo tiempo que p permanece sin cambio, el poder de producción propio de B debería ser ilimitado y B no se podría considerar escaso o un bien económico. Podría ser poco importante para el hombre común el que la oferta disponible de B sea más grande o más pequeña. Una cantidad infinitesimal de B debería ser suficiente para la producción de alguna cantidad de D, partiendo de que la oferta de C es demasiado grande. Por otra parte, un incremento en la cantidad disponible de B podría no incrementar la producción de D si la oferta de C no se incrementa. El total incremento de D debería ser imputado a C; B no sería un bien económico.

La ley de rendimientos afirma que, dada la combinación de dos bienes económicos de orden superior (factores productivos), existe un óptimo. Si uno

se desvía de ese óptimo incrementando el *input* de sólo uno de los factores, el producto no se incrementa o al menos no en la medida del incremento del *input*. Esta ley, como se ha demostrado, está unida al hecho de que estamos hablando de bienes económicos. Un bien económico es un bien escaso, y un bien es escaso no por su rareza sino porque es deseado por la gente y no existe en cantidad suficiente para cubrir esa demanda. De esta manera queda demostrada que la ley de rendimientos no es una mera ley técnica (que lo puede ser para otra disciplina) sino que se inserta dentro de las leyes de la praxeología.

Con respecto a la crítica que hace Popper en cuanto a que Mises reclama para su praxeología los principios absolutos de la verdad, a diferencia de su concepción provisoria de la ciencia, creemos que no lo ha interpretado correctamente, dado que el economista austríaco constantemente hace hincapié en lo cuidadoso que hay que ser en el desarrollo de la cadena lógica deductiva. Por otra parte también la matemática, que es una cadena lógica, tiene sus límites, como lo ha mostrado Kurt Gödel en su famoso teorema de la incompletitud.

Es cierto que Mises considera que la ley de utilidad marginal decreciente y la ley de rendimientos decrecientes son leyes *a priori*, pero están errados los que sostienen que, para Mises, toda la ciencia económica es *a priori*. Lo que afirma Mises es que las mencionadas leyes se deducen de un axioma evidente y de cumplimiento inexorable, que es la acción humana. Esas leyes se aplican luego a la catalaxia, es decir, a las relaciones de mercado que sí toman en cuenta las diversas experiencias.

NOTAS

- 1 Para esta interpretación es interesante la lectura del trabajo de Mises (1938).
- 2 Esta es una cita que hace Barry Smith (1994) de la página 57 de la obra de Mises, *Human Action*.
- 3 Nos referimos a algunos discípulos de Franz Brentano y en especial a Kotarbinski, quien escribió un libro sobre praxeología (algunos escritos de este lógico polaco son citados por Mises e influenciaron su pensamiento).
- 4 Los costos son la inversa de la ley de los rendimientos decrecientes.

REFERENCIAS

- Byrne, Peter, 2010, *The Many Worlds of Hugh Everett III*, Oxford: Oxford University Press.
- Friedman, Milton y Anna Schwartz, 1971, *A Monetary History of the United States. 1867-1960*, Princeton: Princeton University Press.
- Gutenberg, Erich, 1961, *Fundamentos de la Economía de Empresa*, Buenos Aires: El Ateneo.
- Kandel, Eric, 2008, *En busca de la memoria*, Buenos Aires: Katz editores.
- Mises, Ludwig von, 1938, “Les Hypotheses de Travail dans la Science Economique”, presentado en el Seminario en homenaje al economista Cournot, organizado por la Facultad de Comercio de Venecia.
- Mises, Ludwig von, 1968, *La Acción Humana*, Madrid: Editorial Sopec.
- Polkinghorne, John, 2002, *Quantum Theory: A Very Short Introduction*, Oxford: Oxford University Press.
- Popper, Karl, 2010, *Después de La sociedad abierta*, Madrid: Paidós.
- Smith, Barry, 1994, *Austrian Philosophy: The Legacy of Franz Brentano*, Chicago-LaSalle: Open Court.
- Wojtyla, Karol, 1982, *Max Scheler y la ética cristiana*, Madrid: BAC.

INFLATION TARGETING: NEITHER NEW NOR EFFECTIVE*

*Leonidas Zelmanovitz***

Abstract: Current inflation targeting policies are not something new, nor have they been effective in preventing the boom and bust cycles produced by discretionary monetary management. As Rothbard shows, the 1920's monetary policies anticipated by sixty years the strategy of conducting a policy primarily aiming at securing a given inflation level, and of using discretion in the management of the money supply.

Introduction

Since 1990, the state of the art in monetary policies has been inflation targeting.¹ Those policies have been regarded as capable of keeping inflation low under fiat money and fluctuating exchange-rate arrangements, while allowing the flexibility to manage the monetary policy required to support politically the “independence” of central banks, namely, easing credit as an attempt to promote stable growth with a minimum possible unemployment.

It is the contention presented in this paper that inflation targeting policies are not something new, nor have these policies been effective in preventing the boom and bust cycles produced by loose (flexible, if you will) monetary management. Moreover, I claim that inflation targeting policies are directly responsible for the financial crisis triggered in 2008, for allowing gross speculation with investment assets not “perceived” by the general price indexes utilized to gauge those policies.

* Presented at the III International Congress *The Austrian School of Economics in the XXI Century* (August 2010, city of Rosario), organized by Fundación Bases, Instituto Hayek and the Department of Economics of Universidad Católica Argentina in Rosario.

** Fellow, Liberty Fund, Inc. Email: lzelmanovitz@libertyfund.org

In order to present these ideas, I first sketch the concept of inflation targeting policies and its key elements. I then provide a brief historical overview of those policies, reviewing the performance of monetary policies in selected developed countries, as well as some elements of the monetary history in the US in support of my thesis. I then present the view that the 1920's monetary policies anticipated by sixty years the strategy of conducting a policy primarily aiming at securing a given inflation level, and of using discretion in the management of the money supply. The concluding paragraphs offer a summary of my main points.

The Concept of Inflation Targeting and Its Key Elements

Bernanke, Laubach, Mishkin and Posen offer the following definition of inflation targeting:

(It) is a framework for monetary policy characterized by the public announcement of official quantitative targets (or target ranges) for the inflation rate over one or more time horizons, and by explicit acknowledgement that low, stable inflation is monetary policy's primary log-run goal (2001: 4).

Since the 1930's most of the debates about monetary policies have tried to classify them as strategies based on either "rules" or "discretion" (the Gold Standard being, for instance, a "rule"). A discretionary approach happens when a Central Bank makes no public commitment about its actions. Bernanke and co-authors describe inflation target as a "framework" in order not to pin it at either a "rule" or as a "discretionary" kind of policy.

In other words, under the framework of an inflation target, the Central Bank is free to take any measure it sees fit, so far and so long as the price level at the end of a certain period of time comes close to the previously stated price level goal, as measured by the chosen price index. Under the inflation target framework, the Central Bank claims to be able to pursue other political goals without falling into the discredited monetary activism

of the bad old days before the “Great Moderation” (that is, the period of discreet monetary management by the main central banks between the start of Paul Volcker’s Chairmanship at the FED and the beginning of the recent financial crisis).

In sum, an inflation target policy presents us with two key elements: a high level of discretion in the use of the tools available to the Central Bank, and a “formal” commitment to keep inflation low. The first component is sought by the central bankers to show the “strength” of their institutions and therefore, along with the second element, to convey the idea that the monetary authorities are committed to a low level of inflation and have the power to make it come about.

The second element may be understood in at least two different ways: (a) strictly speaking, about inflation targeting in the narrow sense, the formal commitment to keep inflation low may be stated in a piece of legislation, in an operational agreement between the government and the independent monetary authorities, made public through the publication of some official document by the monetary authorities or simply made public through the press; (b) the other possible meaning for the commitment to keep inflation low may be the one in which the monetary authorities, without any legal or informal mandate, or even making public their goal, operationally act driven towards the achievement of an inflation goal, and it may be known only by few top officials.

The advocates of inflation target policies claim it is possible to create a “nominal anchor” to the price level by the communication to the public of a target which would result in certain “psychological” market conditions favorable to the achievement of the very same inflation goal (Bernanke *et al*, 2001: 19). They believe that, if the market knows that the Central Bank has the power to do one or all of the following, this knowledge will help them achieve the goal of keeping inflation low:

- (a) expand or contract the money supply,
- (b) raise or to lower interest rates,
- (c) impose exchange controls,
- (d) alter the level of compulsory reserves,

- (e) alter the classes of assets and the conditions under which they will grant access to discount facilities, and in most cases,
- (f) impose new bank regulations.

Bernanke and co-authors could not be clearer about the psychological benefits expected from using everything available into the central bank “tool kit”: *“Evidence suggests that the only way for central banks to earn credibility is the hard way: by demonstrating that they have the means and the will to reduce inflation and to keep it low for a period of time”* (Bernanke et al, 2001: 308).

Furthermore, the element of discretion gives the Central Bank the capacity to pursue other political objectives deemed necessary by the circumstances, without compromising the achievement of the stated goal, so long as the so-called psychological conditions remain under control.

When defending discretionary policies, the proponents of inflation targeting policies argue that history shows that rules are no protection against changes in monetary policy. Since changing circumstances require flexibility, to their eyes even the Gold Standard offers no protection against political decisions to suspend payments in gold (in case of war, for instance). Therefore, so the argument goes, all monetary policies are discretionary to a certain degree, and the best you can get is a framework such as the one provided by the adoption of a nominal anchor.

For the proponents of inflation targeting policies, in an scenario with no commodity monies or fixed exchange-rate mechanisms, the *Friedmanesque* proposal for a legally (constitutionally) defined rate of expansion for the money supply never gained acceptance because it was considered “too rigid”, as the experience with monetary expansion goals has proven since 1974. We are left only with discretionary regimes, and for them, the inflation target framework is the only one in sight carrying some limitations to monetary expansion.

Historical Overview of Inflation Targeting Policies

On August 15, 1971, the United States under the Nixon administration defaulted on the Bretton Woods Treaty and severed the tenuous link still

existing between the US Dollar and gold by closing the “Gold Window” under which US Dollars were redeemable by Central Banks of signatory countries at the fixed rate of US\$ 35.00 per ounce. A new, short-lived parity was established, but in 1973 the fixed exchange-rate monetary regime enforced since the end of WW II came to an end. Central banks around the world searched for a new “anchor”. In a world left only with fluctuating fiat money, the only possible “anchor” to the value of a currency was a “nominal” one, to be implemented at a national level.

The Deutsche Bundesbank and the Swiss Central Bank as early as 1974, and the American Federal Reserve System (FED) and the Bank of Canada during 1975, started to establish a desired growth target (Bernanke *et al*, 2001: 43). Initially, the effort of central banks was to make known to society the growth in the monetary aggregates. In doing so, they would know the expected changes in prices, as mechanically derived from the Quantitative Theory of Money.

Pressures to make changes to the goals in terms of expansion of the money supply were felt soon. Real and political factors contributed to force central banks out of their stated goals for monetary expansion, therefore compromising their credibility. At times, with a relative low inflation but a small rate of growth, additional monetary expansion seemed to be possible, and pressure to promote this policy increased. At other times, a more stringent monetary policy was pursued by the monetary authorities to keep inflation low, frustrating the expectative (if from no one else, from the Treasury) that the stated monetary expansion would happen. In sum, the claim for “discretion” was a constant.

It was in 1990 that the New Zealand Central Bank finally adopted an explicit inflation target which made no more reference to the expansion of monetary aggregates but to a certain price level, as measured by a price index. An inflation targeting policy, in a narrow sense, had officially began (Bernanke *et al*, 2001: 86).

Since the precursory adoption of an inflation targeting policy in New Zealand, and the adoption of a similar policy by Canada one year later, it has gradually become the policy of choice worldwide due to its apparent

success. The establishment of price level goals by monetary authorities, without any other commitment about how that goal would be achieved, has become the common practice around the globe albeit with different grades of formality and public commitment.

The historically low levels of inflation achieved under the inflation targeting framework wherever it has been adopted, according to their proponents, seem to prove that it is the solution for price stability under fiat money and fluctuating exchange rates. And the statistical record gives credit to that assessment, at least until the financial crisis that started in 2008.

In order to analyze the validity of the claims of the proponents of inflation targeting policies, Table 1 presents below the Consumer Price Indexes of selected developed countries from 1970 to 2007.

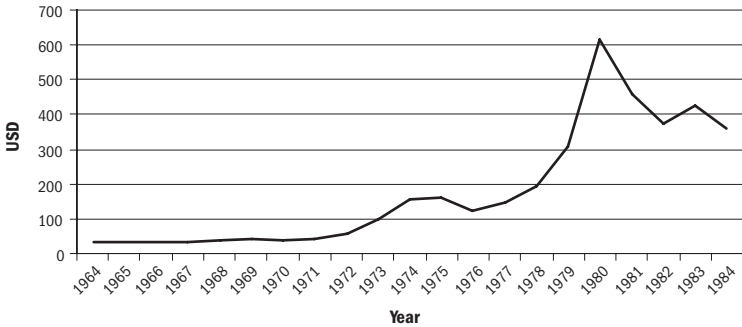
Until February 1973 the international monetary arrangements were the ones established in 1944 by the Treaty of Bretton Woods with fixed exchange rates pegging all currencies of the signing countries to a US Dollar, until 1971, convertible (only by their correspondent central banks) in gold at a fixed parity of US\$ 35.00 per ounce. However, Table 1 above shows that the average inflation level in the selected developed countries for the period 1970-1972 was well above 5% per year. Those arrangements were clearly unsustainable in the long run. The weakened link to the Gold Standard provided by the Bretton Woods treaty until August 1971 proved to be insufficient to check inflationary expansions of the money supply among the Western developed countries and the abandonment of those arrangements became inevitable.

The American *default* on their obligations of redeeming US Dollar in Gold had huge and last long impact. From 1973 until 1983, we see in Table 1 an increase in prices. That was the period of failed attempts to control inflation by establishing targets for the growth of monetary aggregates. Figure 1 below shows the price of gold in US Dollars for the period 1964 to 1984. It shows that until 1968 it was perceived by world markets that the promise by the American government to redeem US Dollars at the agreed parity of US\$ 35 per ounce was credible. From 1968 to 1971, when the pledge was finally broken, the increases in the gold prices showed that the

Table 1. Consumer Price Indexes in selected developed countries (1970-2007)

Year	USA	Canada	Japan	France	Germany	Italy	Sweden	Swiss	UK
1970	5.9	3.3	7.6	5.9	3.4	5.0	7.0	3.6	6.4
1971	4.2	2.9	6.4	5.5	5.2	4.9	7.4	6.6	9.5
1972	3.3	4.9	4.8	6.2	5.5	5.7	6.0	6.7	7.1
1973	6.3	7.6	11.7	7.3	7.0	10.8	6.7	8.8	9.2
1974	11.0	10.9	23.2	13.7	7.0	19.1	9.9	9.8	16.0
1975	9.1	10.7	11.7	11.8	5.9	17.1	9.8	6.7	24.3
1976	5.8	7.6	9.4	9.6	4.3	16.7	10.3	1.7	16.7
1977	6.5	8.0	8.2	9.4	3.7	18.5	11.4	1.3	15.8
1978	7.6	9.0	4.2	9.0	2.7	12.0	10.0	1.1	8.6
1979	11.3	9.1	3.7	10.8	4.1	14.8	7.2	3.7	12.6
1980	13.5	10.2	7.8	13.0	5.5	21.3	13.7	4.0	16.9
1981	10.4	12.4	4.9	13.3	6.3	19.5	12.1	6.5	12.2
1982	4.0	10.7	2.8	12.0	5.3	16.5	8.6	5.7	8.5
1983	5.3	5.9	1.9	9.5	3.3	14.6	8.9	3.0	5.2
1984	4.4	4.4	2.3	7.7	2.4	10.9	8.0	2.9	4.5
1985	3.5	4.0	2.0	5.8	2.1	9.1	7.4	3.5	5.2
1986	1.9	4.2	0.6	2.5	-0.1	5.8	4.2	0.8	3.6
1987	3.7	4.4	0.1	3.3	0.2	4.8	4.2	1.4	4.1
1988	4.1	4.0	0.7	2.7	1.3	5.1	5.8	1.9	4.6
1989	4.8	5.0	2.3	3.5	2.8	6.3	6.4	3.1	5.9
1990	5.4	4.8	3.1	3.4	2.7	6.5	10.5	5.4	8.2
1991	4.2	5.6	3.3	3.2	3.5	6.3	9.3	5.9	6.8
1992	3.0	1.5	1.7	2.4	5.1	5.3	2.3	4.0	4.7
1993	3.0	1.8	1.2	2.1	4.5	4.6	4.7	3.3	3.0
1994	2.6	0.2	0.7	1.7	2.7	4.1	2.2	0.9	2.4
1995	2.8	2.2	-0.1	1.8	1.8	5.3	2.5	1.8	3.5
1996	3.0	1.5	0.1	2.0	1.4	4.0	0.5	0.8	2.4
1997	2.3	1.7	1.9	1.2	1.9	2.0	0.7	0.5	3.1
1998	1.6	1.0	0.6	0.7	1.0	2.0	-0.3	0.0	3.4
1999	2.2	1.8	-0.3	0.5	0.6	1.7	0.5	0.9	1.5
2000	3.3	2.7	-0.8	1.7	1.4	2.5	0.9	1.5	3.0
2001	2.8	2.5	-0.7	1.7	1.9	2.7	2.4	1.0	1.8
2002	1.6	2.2	-0.9	1.9	1.5	2.5	2.2	0.6	1.7
2003	2.3	2.8	-0.3	2.1	1.0	2.7	1.9	0.6	2.9
2004	2.7	1.8	0.0	2.1	1.7	2.2	0.4	0.8	3.0
2005	3.4	2.2	-0.3	1.8	1.5	2.0	0.5	1.1	2.8
2006	3.2	2.0	0.3	1.6	1.6	2.1	1.4	1.1	3.2
2007	2.8	2.2	0.0	1.5	2.3	1.8	2.2	0.7	4.3

Figure 1. Average Price of Gold (1964-1984)



confidence in that promise had somewhat diminished. Under the Smithsonian Agreement of December 1971, an attempt to fix exchange rates at a devaluated US Dollar without a link to actual gold faced skepticism and the gold in 1971 closed at the record price of US\$ 44.20 per ounce. In February 1973, the Bretton Woods exchange market formally closed, reopening in March 1973 in a floating regime.

Credibility was not recovered until 1984, the first year in which the data show the results of more conservative policies adopted in developed countries. The galloping inflation during the Carter Administration led Paul Volker to become the head of the FED. He implemented a monetary policy of quantitative control of monetary aggregates, which eventually curbed the increases in consumer prices. Similar policies were adopted in Europe since 1979 with the creation of the European Monetary System. But in order to impose an effective control on the growth of monetary aggregates, these policies resulted, as a byproduct, in a short but significant recession during the year 1980 with a double dip at the end of 1981, beginning of 1982. Although those policies proved successful, eventually, new inflationary pressures came into the scenario.

Three historical events may explain the new increase in the general price levels, which lasted until 1991. The first of them was the Black Monday in October 1987, when the stock market in the US plunged and the recently appointed Chairman of the FED, Alan Greenspan, took charge of the problem

flooding the market with dollars. The second one was the fall of the Berlin Wall in 1988, with the required effort made by developed countries to integrate the Eastern European countries into the new world order. And the third event was the invasion of Kuwait and the first war in the Persian Gulf, with the correspondent shock in the world oil supply.

Undoubtedly, the massive inflationary expansion determined by those events resulted in the increases in prices shown on Table 1. But they were eventually counterweighted by the productivity gains generated by the enlargement of the division of labor, caused by:

- (a) the integration of China and the countries behind the Iron Curtain in world markets;
- (b) the liberalization of trade worldwide with the creation of the World Trade Organization (WTO);
- (c) the benefits in terms of lower barriers for the trade of goods, labor, services, finances in an expanded Euro-zone, with the final adoption of the Euro ten years ago;
- (d) and, last but not least, the advances in Information Technology.

A twenty-year period of prosperity had begun. Behind the miracle, foreign trade was the motor of the real economy, and economic expansion and increasing tax revenues lessened the political cost of implementing more conservative fiscal policies in developed countries, which were therefore adopted. With a regained credibility in their fiscal management, governments started to adopt, either explicitly or tacitly, the inflation target framework.

The US is one of these countries where, to this day, inflation targets are not formally adopted; nevertheless American monetary policy is guided primarily with a focus on the inflation rate. Writing about the US monetary policy in 1996 –in the seventh year of the most consistent bull market in record– Greenspan argues that the FED “has no explicit mandate under the law to try to contain a stock market bubble” and that it was established that “price stability is (the) central (FED’s concern) to (promote) long-term economic growth” (Greenspan, 2007: 178).

The adoption of the inflation target framework perfectly coincides with the beginning of the twenty-year expansion mentioned above. Up to a point

in which the inflation target framework has been credited by the prosperity experienced until 2007. Claims have been made that it is the “perfect” balance between rules and discretion in monetary policy.

What remains to be assessed is to what extent the current crisis proved that inflation targeting policy is the best strategy possible for monetary policy, since it gives room for the monetary authorities to react to the crisis with every instrument at their disposal, or if rather it has proven to be no more than a new dress for the recurrent mistake of credit expansion that in the end caused the crisis.

In order to assess this latter point, it is worthwhile revisiting the monetary policies of the early 1920’s.

Repeating the Recipe: The Monetary Policy of the 1920’s

It is commonly believed that the period between the Great War and the Depression were years in which the monetary excesses provoked by the war were interrupted in Europe and in the US. It was also believed that resuming redemption in gold was a signal of a regained monetary stability under the venerable Gold Standard, and that the wild speculation with equities during the 1920’s was mainly due to a lack of regulation of the stock markets.

The available data, however, tell a different story, one of monetary expansion. From June 30, 1921, to June 30, 1929, the total money supply of the United States rose from 45.30 to 73.26 billion dollars. It means an increase of 28 billion dollars during those eight years, or 61.8% (Rothbard, 2008: 92). Many mechanisms were used to expand the money supply, given the limitations of the Gold Exchange Standard then in force; the currency in circulation, for instance, stayed fairly constant around \$ 3.7 billion during the period. The truth of the matter is that the entire monetary expansion happened with money substitutes, i.e. through credit expansion.

But does not the Gold Standard have an inbuilt mechanism to self-correct imbalances preventing inflationary expansions? It seems that not all monetary regimes based on a Gold Standard are the same. It was already noted in

nineteenth-century England that the operation of an external drain of specie would only work in order to keep the monetary system “neutral”, that is to say, neither promoting nor reducing the business cycle under a hypothetical purely metallic currency (Hume, 1987: 308). Under the gold exchange system with a Central Bank, the anti-inflationary effects of a specie drain mechanism were not immediately perceived, if perceived at all (White, 1995:115).

Using the concept of “Total Dollar Claims” to represent the total money supply on top of gold reserves, Murray Rothbard (2008) demonstrates that that was the case in the 1920’s. The data retrieved from the Banking and Monetary Statistics published by the FED in 1943 is shown on Table 2 below.

As shown above, the regime of gold exchange standard during the 1920’s, in which governments no longer accepted to redeem their currency in gold –domestically and abroad–, although formally available was politically constrained, and posed no real limits to monetary expansion.

Rothbard considers Yale Professor Irving Fisher as the major representative of the inflationist theories in the years of the Great Depression. He was someone “*who mechanistically had believed that since the price level was not rising in the 1920’s, there was no inflation to worry about and no coming crash*” (Rothbard, 2005: 303). After the crash, Fisher urged President Roosevelt to abandon the gold standard and was rejoiced when the President finally did that. But the important lesson is what history tells us about the monetary policy before the Great Depression. What we now know is that the only actual limits to monetary expansion at that time were already the self-limitations adopted by different central banks with eyes only on the price levels. Those policies anticipated by sixty years the strategy of conducting monetary policy primarily aiming at a certain inflation level, and of using discretion in the management of the money supply in order to achieve the goal of inflation targeting.

Table 2. Total Dollars and Total Gold Reserves in the US (in billions of dollars)

	Total Dollar Claims	Total Gold Reserve	Total Uncovered Dollars
June, 1921	44.7	2.6	42.1
June, 1929	71.8	3.0	68.8

Source: Federal Reserve (1943), in Rothbard (2008:94).

Faced with the apparent success of the FED Governor, Mr. Strong, in stabilizing wholesale prices during the late 1920's, Fisher was again the leader in the economic profession in welcoming the arrival of an era of continuous prosperity, assured by the "new" policy of managed money in America and in the world, but ignorant of the fact of mounting mal-investments induced by the inflationary policies in practice during the 1920's.

As stated by Rothbard in *America's Great Depression*:

One of the reasons that most economists in the 1920's did not recognize the existence of an inflationary problem was the widespread adoption of a stable price level as the goal and criterion for monetary policy (Rothbard, 2008: 169).

Rothbard is explicit in stating that the Federal Reserve was guided not only by the desire to help the UK in their inflationist monetary policy or to help farmers, but "by the fashionable economic theory of a stable price level as the goal of monetary manipulation" (Rothbard, 2008: 181).

Conclusion

The monetary policy known as inflation targeting is neither new nor effective. Seen by most economists today as the state of the art in monetary policy, the inflation target framework can be understood as a relabeled version of the monetary management that was gradually implemented by central banks worldwide once the Gold Standard was diluted into the Gold-Exchange Standard.

It is not the objective of this paper to discuss the historical evolution of the Gold Standard, but suffice it to say that the golden era of the International Gold Standard, with a fractional reserve banking system –structured as a pyramid with the Bank of England on the top, that took form after Peel's Act of 1844–² was already a regime with room for monetary management by the Central Bank. The gradual transformation of that system first into a system of gold-exchange, and later on into a system of limited gold-exchange, fixed exchange rates and finally one of fiat money with floating

exchange rates, gave more and more room for the exercise of a discretionary monetary policy.

Taking the fractional reserves system under the umbrella of the Bank of England as our departing point, inflationary credit expansion was made possible first, by diminishing the prudent ratio of reserves to assets (with the implicit support of the British Crown to the banking system). As described by Rothbard, after the Great War and under a regime with a Central Bank, direct trade on money substitutes by the FED, the Bank of England and other leading central banks was a source of inflationary credit expansion worldwide. Finally, since 1973, under fiat currency and floating exchange rates, inflationary expansion of the money supply was made possible by the total discretion that central banks have to this day.

All along the way, the “nominal” anchor, i.e., an implicit or explicit commitment of the monetary authorities to avoiding increases in the price level as gauged commonly by a consumer price index, gradually became more and more the only limitation to inflationary expansion and also the only guide to the exercise of monetary policy.

The surprising thing about policies that allow a discretionary expansion of the money supply (so long as the Consumer Price Index does not increase more than some “accepted” rate), is that the shortcomings of the theoretical apparatus behind those policies have been known in academic circles for about eighty years now. The inter-temporal implications of inflationary changes in the money supply, and the limitations imposed by the structure of production for monetary “management” presented by the Austrian Business Cycle Theory are concepts well known since the early 1930’s.

During the Great Depression and again during the financial crisis of 2008, many economists were surprised by the effects of inflationary expansions of credit that distorted economic activities and led to mal-investments, which eventually needed to be purged by a recession. To quote again from Rothbard:

The fact that general prices were more or less stable during the 1920’s told most economists that there was no inflationary threat, and therefore the events of the Great Depression caught them completely unaware (Rothbard, 2008: 169).

Inflation targeting strategies do not prevent inflationary credit expansions, and therefore do not prevent cycles of boom and bust irremediably associated with them. Moreover, distortions in relative prices produced by inflationary credit expansion –as described by the Austrian Business Cycle Theory– are not easily perceived by price indexes, since usually they do not include assets in their composition. Massive increases in the money supply can produce sizable appreciation in certain classes of assets without barely affecting consumer prices, or more generally, the price level as measured by general price indexes.

Nowadays it can be affirmed that the flexibility to engage in long term inflationary credit expansion under an inflation targeting framework can be exercised without compromising the achievement of an inflation goal as measured by most price indexes. It was true during the 1920's, it had been true since the 1990's. However, the fact remains that an inflationary credit expansion distorts relative prices and provokes economic booms that eventually will end in a downturn.

Therefore, we may conclude that policies guided solely by targeting a certain price level as measured by an index, while allowing discretion to the monetary authorities to pursue growth, are an insufficient institutional arrangements for a society that purports to offer sound money as a fair instrument for the individuals to enhance the division of labor, productivity and prosperity in the long run.

NOTES

- 1 Perhaps the most influential academic paper proposing an inflation target as the central criterion for monetary policy is John B. Taylor (1993); its main credit, however, is that it endorsed what at that time became common practice among central banks. Bernanke *et al* (2001), first published in 1999, is also widely quoted in academic discussions about inflation targeting for the collection of data supporting the claim for inflation targets effectiveness.
- 2 The *Peel's Act* of 1844 gave to the Bank of England (BoE) the monopoly of issuance of paper money, solidifying its role as *de facto* central bank. In such a role the BoE used to concentrate most of the British gold reserves while the other banks used to have BoE notes instead of gold in their vaults, creating a two layered system or reserves which “economized” in gold and allowed an already highly leveraged ratio of gold to banknotes.

REFERENCES

- Bernanke, B., Laubach, T., Mishkin, F. S., and Posen, A. S. (2001), *Inflation Targeting*. Princeton: Princeton University Press.
- Greenspan, A. (2007), *The Age of Turbulence*. New York: Penguin Press.
- Hume, D. (1987), *Essays Moral, Political and Literary*. Indianapolis: Liberty Fund, Inc.
- Rothbard, M. (2005), *A History of Money and Banking in the United States: The Colonial Era to World War II*. Auburn: Mises Institute.
- Rothbard, M. (2008), *America's Great Depression*. Auburn: Mises Institute.
- White, L. H. (1995), *Free Banking in Britain: Theory, Experience, and Debate, 1800-1845*. London: Institute of Economic Affairs.
- Taylor, John B., (1993), "Discretion Vs. Policy Rules in Practice", Carnegie-Rochester Conferences Series on Public Policy, N° 39, pp 195-214.

RANDALL HOLCOMBE Y LA ÚLTIMA LÍNEA DE DEFENSA DEL ESTADO MÍNIMO*

*Miguel Durante***

Resumen: Randall Holcombe sostiene que el Estado es inevitable e invoca la obligación prudencial de instaurar un gobierno preventivo. Mi objetivo aquí es mostrar el fracaso de este intento de justificar el Estado. En primer lugar expongo el argumento de Holcombe, para luego presentar cuatro contra-argumentos que critican el argumento central de Holcombe y los corolarios que se seguirían del mismo.

Abstract: Randall Holcombe argues that the State is inevitable and invokes the reasonable requirement of establishing a preventive government. My goal here is to show the failure of this attempt to justify the State. I first explore Holcombe's arguments and then I present four counter-arguments to criticize the central argument of Holcombe and the corollaries that follow from it.

Randall Holcombe sostiene que aunque fuera cierto que el mercado pueda proveer con mayor eficiencia absolutamente todos los servicios que provee un gobierno limitado, esto es en última instancia irrelevante porque el Estado es inevitable. De ello deduce la obligación prudencial de toda persona preocupada por el abuso de poder de instaurar un gobierno preventivo, el cual sería menos depredador que el que se instalaría si no hiciésemos nada. Mi objetivo aquí es mostrar el fracaso de este intento de justificar el Estado.

* Presentado en el III Congreso Internacional *La Escuela Austríaca de Economía en el Siglo XXI* (Agosto de 2010, ciudad de Rosario), organizado por la Fundación Bases, el Instituto Hayek y la Facultad de Ciencias Económicas de Rosario de la Universidad Católica Argentina.

** Estudiante de la carrera de Filosofía en la Universidad de Buenos Aires, miembro del UBACYT "Democracia Deliberativa y Derechos Humanos". Email: miguelduranti@hotmail.com

En primer lugar expongo el argumento de Holcombe y sostengo que tiene una alta plausibilidad dadas dos influyentes teorías del surgimiento del Estado, la de Franz Oppenheimer y la de Bertrand de Jouvenel. Luego presento cuatro contra-argumentos que critican el argumento central de Holcombe, y los corolarios que se seguirían del mismo.

El argumento de Holcombe

En su artículo “Government: Unnecessary but Inevitable” Randall Holcombe (2004) no se hace ilusiones respecto de la verdadera naturaleza del Estado. Éste siempre surge por y para la depredación, no para el beneficio de los gobernados sino para el beneficio de los gobernantes. Al igual que Nozick (1990) sostiene que el Estado es inevitable, pero a diferencia de Nozick no cree que *pueda* surgir sin violar derechos. No sin fuertes reticencias, Holcombe hace una importante concesión a los pensadores anarquistas: el gobierno es innecesario. Admite que, en teoría, el mercado sería perfectamente capaz de cumplir con *todas* las tareas de las que se encarga un gobierno, incluidas la seguridad y el sistema legal. Sin embargo, que el Estado sea innecesario e incluso inmoral es a sus ojos ampliamente irrelevante. Esto es así porque el Estado es inevitable.

Su argumento consiste en señalar que en ausencia de gobierno, aquellos individuos más fuertes e inescrupulosos tendrán incentivos para instalarse como gobierno y derivar beneficios de la producción ajena empleando su superior fuerza relativa. Las bandas de bandidos, al reconocer el potencial beneficio a mediano y largo plazo que tiene el instalarse como depredadores institucionalizados respecto del saqueo ocasional, evolucionarán inevitablemente en gobiernos. Los bandidos ofrecerían a sus víctimas un *trade off*: los expoliarán de parte de su producción a cambio de proteger su propiedad. En este “intercambio” con la horda de bandidos, los ciudadanos saldrán beneficiados solamente si obtienen de los bandidos una “promesa creíble” de que limitarán su depredación y de que serán protegidos de otros depredadores. La horda de bandidos evoluciona entonces al rango de gobierno limitado. La incapacidad de la anarquía para mantener alejados a los depre-

dadores es pues un rasgo central de este argumento. El punto de Holcombe es notar que la estructura de incentivos juega siempre en contra de la anarquía: esta es incapaz de mantener a raya a aquellos individuos, que tanto desde afuera como desde adentro, estén dispuestos a emplear la fuerza a su favor. Dado pues que el gobierno es inevitable las personas tienen por su parte también un incentivo para instalar un gobierno de su propio diseño, un gobierno preventivo, el cual sería menos depredador que el que se instalaría si se abstuvieran de actuar políticamente.

Teorías del surgimiento del Estado

El atractivo descriptivo de este argumento es innegable. Después de todo un sistema anarco-capitalista no existe en ningún lugar de la tierra. La presencia del Estado parece ser un rasgo común a todas las sociedades modernas en las cuales la división del trabajo ha alcanzado cierto mínimo. Por otro lado, no importa cuánto cambien las formas de organización política, el gobierno siempre se las arregla para sobrevivir. El Estado aparece en efecto como algo inevitable.

Además, el argumento de Holcombe puede servir para dar cuenta de dos destacadas teorías del surgimiento histórico del Estado. La primera de estas teorías es la presentada por el sociólogo Franz Oppenheimer en su libro *The State*. Según esta visión, el Estado es el resultado de una conquista militar de un grupo sobre otro. En particular se trata de la invasión de pastores nómadas sobre asentamientos establecidos por granjeros. Al principio sólo hay trifulcas fronterizas, pero en una segunda etapa fundamental los pastores nómadas entienden que un campesino asesinado no puede seguir cultivando (p.64). Llegada esta comprensión, dice Oppenheimer:

Los asaltantes queman y matan sólo en la medida necesaria para hacer cumplir un saludable respeto... el pastor se apropia ahora sólo del excedente del campesino. Es decir, deja al campesino su casa, su equipamiento y sus provisiones hasta la próxima cosecha (p.65).

Esta etapa es fundamental porque, en la visión de Oppenheimer, aparecerían los primeros elementos de una ley consuetudinaria. Se trata de los rudimentos de un derecho público:

El campesino obtiene entonces un semblante de *derecho* a las cosas necesarias indispensables para la vida; de modo que viene a ser visto como *malo* matar a un hombre que no opone resistencia o despojarlo de todo (p.67, cursivas del autor).

Y unas páginas más adelante Oppenheimer concluye respecto de esta etapa:

En esta segunda etapa de la formación de los estados, las bases, en lo esencial, han sido trazadas. Ningún paso sucesivo puede ser comparado en importancia a la transición mediante la cual el oso se convierte en el cuidador de abejas (p.70).

Esta primera versión de la génesis histórica del Estado se encuentra en perfecto acuerdo con el argumento elaborado por Holcombe. Los depredadores, en este caso los nómadas pastores, entienden el mayor beneficio que pueden derivar de la institucionalización del pillaje, así como el campesino comprende que su derecho a seguir existiendo le puede ser reconocido, obteniendo además protección y evitando simultáneamente los mayores costos de una confrontación. Como podemos apreciar claramente en este caso, el Estado no se establece con miras a incrementar el bienestar de sus habitantes sino por simple autointerés de los depredadores exteriores. El Estado es pues inevitable. Los campesinos deberán esforzarse entonces por obtener una cierta seguridad acerca de la naturaleza del saqueo que será realizado por los pastores, en especial respecto de la cantidad precisa y de la periodicidad con que se realizará. Si los campesinos logran sujetar a los saqueadores a esta clase de reglas claras, habrán salido beneficiados respecto de cómo quedarían si dejaran que los depredadores se comportasen azarosamente.

Por otra parte, Bertrand de Jouvenel ha presentado una teoría alternativa del surgimiento del Estado (citado en Hoppe, 1995:1). El origen del Estado se debe a causas endógenas. Los Estados son la consecuencia del desarrollo de elites naturales. Dentro de cada sociedad unos pocos individuos adquieren la posición de una elite por su talento. Poseen logros legítimos bastante superiores al resto en materia de riqueza, sabiduría, valentía, etc. Por su posición estas personas gozan de un respeto generalizado respecto de sus opiniones y sus juicios. Esto naturalmente hace que los conflictos que surgen entre las gentes sean dirigidos a ellos y se espera que arbitren con justicia dados sus antecedentes personales. Estos líderes naturales actúan inicialmente sin detentar ningún cargo oficial, obrando de jueces y pacificadores, casi como por deber cívico. En esta teoría el paso fundamental hacia la aparición del Estado se da cuando algún miembro de esta elite voluntariamente reconocida consigue que todos los conflictos dentro de un territorio le sean adjudicados a él, impidiendo el surgimiento de competidores. Cuando las partes en conflicto ya no pueden escoger un juez distinto entonces puede decirse que el Estado ha surgido.

Como vemos, en esta concepción también puede pensarse que el Estado es inevitable. De hecho surge a partir de interacciones de mercado naturales de un modo bastante parecido a la imaginada por Nozick. Incluso en este caso, podría ser el interés por el bienestar de sus semejantes lo que mueve al juez natural a monopolizar la resolución de conflictos dentro de un determinado territorio.¹ Sin embargo no es necesario que así lo sea y es muy posible, como sostiene Holcombe, que nunca haya existido semejante altruismo como motivación para la instauración de un Estado.

Problemas del argumento de la inevitabilidad del Estado

Más allá de la plausibilidad inicial que este argumento puede tener, tanto a nivel descriptivo como a nivel de las consecuencias normativas que se pretenden extraer de él, pueden identificarse sin embargo una serie de problemas que pondrían en duda la presunta inevitabilidad del Estado.

Incentivos

Asumiendo que es cierta la idea de Holcombe de que la anarquía forzosamente ha de ceder porque hay incentivos que hacen que el Estado sea inevitable, entonces esas mismas razones se aplican con más fuerza aún al surgimiento de un gobierno limitado. Como se ha afirmado, Holcombe es demasiado optimista respecto del gobierno (Leeson y Stringham, 2005:543-549). En primer lugar, si es cierto que el gobierno se instala por la fuerza y primariamente para avanzar los intereses de aquellos que la ejercen, ¿cómo es posible que las víctimas de los depredadores puedan intervenir en el diseño del gobierno, de modo que puedan extraer lo que Holcombe denomina “una promesa creíble” respecto de limitar fuertemente su depredación? La capacidad de los depredadores de establecer el gobierno de modo prácticamente unilateral, debe hacernos dudar que lo que obtendríamos inicialmente pueda parecerse a un gobierno limitado (Op.Cit., 547). Holcombe replicaría que es justamente por este motivo que las personas deben involucrarse en el diseño del gobierno; en otras palabras, deben poseer una inclinación a tener demandas libertarias y a tratar de extraérselas a los depredadores. Pero *esto implica un cambio no explicitado en la focalización del problema*. Holcombe desplaza su atención hacia las ideas y preferencias de las personas, respecto de concentrarse solamente en la estructura de incentivos (como por ejemplo los límites constitucionales). Como Leeson y Stringham señalan, si las personas pueden unirse para crear el Estado mínimo porque comparten una ideología que los aglutina, también pueden juntarse para sostener una anarquía ordenada (Op.Cit., 547).

En segundo lugar, bastante se ha dicho en la literatura anarco-capitalista sobre la imposibilidad razonable de mantener limitado al gobierno (Hoppe, 2008). Supongamos resuelto el problema anterior y que en efecto pudiéramos obtener de los depredadores, por compromiso ideológico y acción política de la gente, un Estado mínimo como situación inicial. Aún así, los mismos incentivos que animaban a los fuertes e inescrupulosos a instaurar el Estado seguirían actuando, erosionando progresivamente los límites impuestos. De modo que si nos atenemos únicamente a los incentivos, es pues inevitable que el Estado mínimo degenera en un Estado más amplio. Sólo un com-

promiso ideológico de una masa crítica de gente y una vigilancia permanente pueden mantener mínimo al Estado. Esto implicaría nuevamente el pasar a focalizarse en las preferencias de las personas. Sin embargo todo el punto del argumento de Holcombe contra la anarquía parece ser que los incentivos vencen siempre a las preferencias. Recordemos que para Holcombe aún si la anarquía fuera deseable, esta no es mínimamente sostenible en el tiempo porque se quiebra desde adentro por los incentivos que pone en marcha. Pero si los incentivos vencen siempre a las preferencias bajo la anarquía ¿por qué habrían de dejar de hacerlo bajo el Estado mínimo? O bien las preferencias se imponen en el caso de mantener el Estado mínimo, y en ese caso no es claro, como ya hemos dicho, por qué no podrían hacerlo para el caso de sostener y vigilar una anarquía ordenada. O bien no lo hacen y entonces el argumento de Holcombe prueba demasiado. Probaría, como creen los anarquistas, que es imposible mantener limitado al gobierno. Probaría incluso que el más totalitario de los gobiernos es inevitable.

Preferencias

Un defecto claro del argumento de Holcombe, como ya debiera ser evidente, es su excesiva concentración en los incentivos y su casi completo descuido de las preferencias. Holcombe adopta con naturalidad el vicio de suponer que las preferencias son fijas y concluye con demasiada facilidad que el Estado es inevitable, en razón únicamente a los incentivos. Se coloca en la perspectiva del corto plazo del consumidor, a quien sólo le interesa maximizar su utilidad inmediata. Dado que para muchas personas, la anarquía implicaría estar dispuestas a renunciar a beneficios directos que el estatismo les proporciona, no se puede esperar realísticamente que quieran dismantelar el Estado por completo. Holcombe diría entonces que, “si todas las personas quieren al estado de alguna forma conformémonos con disminuirlo”. Pero esta objeción de falta de realismo político puede aplicarse también a su propio proyecto de Estado mínimo. Después de todo querer abolir el 95% del gobierno que sufrimos actualmente sólo es marginalmente más realista que querer abolir el 100%.²

Además suponer que las preferencias son fijas es ridículo. Es un rasgo distintivo de la Escuela Austríaca frente a otras escuelas de pensamiento económico el enfatizar el rol que cumplen las ideas en el largo plazo. Las ideas son lo más importante, simplemente porque el presente es el resultado de decisiones tomadas en algún momento del pasado distante y cuyas consecuencias experimentamos hoy. Es cierto que las preferencias de las gentes son difíciles de modificar, pero esto no nos autoriza a desestimar su rol.

En un trabajo reciente, Stringham y Hummel (2009) han destacado el resultado que el cambio de preferencias ha tenido sobre el sistema político en los últimos siglos. De este modo, señalan como hace quinientos años se podría haber argüido que la democracia era imposible y la monarquía inevitable. Señalan también como la esclavitud fue abolida a pesar de que estuvo naturalizada por siglos. Incluso señalan casos donde dicha abolición tuvo lugar a pesar de traer un importante rédito económico a la comunidad que la practicaba.³ Asimismo, destacan el hecho de que ninguna teoría ética contemporánea sería siquiera considerada como digna de atención, si en su centro no se encontrase una noción de igualdad claramente articulada. Por el contrario, en la Edad Media, cuando se creía en el derecho divino de los reyes, la noción de igualdad era tan extraña tanto como el anarco-capitalismo es extraño para nuestros estadistas contemporáneos. Todos estos ejemplos muestran como las preferencias de las personas pueden cambiar de modo *muy radical*, abriendo una ventana de optimismo a la posibilidad de realización de una anarquía ordenada.

Una última observación, la cual extrañamente no ha sido destacada por estos autores y que puede servir para reforzar el optimismo: si es cierto que las preferencias políticas se modifican tras períodos muy dilatados de tiempo, entonces el caso para el anarquismo pesimista de Holcombe se deshace tan pronto notamos la siguiente cuestión: la preferencia por el anarco-capitalismo es de muy reciente aparición en la historia de las ideas. Puede datarse con precisión el nacimiento del anarco-capitalismo con el ensayo de Gustave de Molinari “De la Production de la Sécurité” (Molinari, 1849) en la que por primera vez aparece defendida la idea de agencias de policía compitiendo en un mercado libre. Pero según apunta Rothbard en su prólogo al ensayo de Molinari, hacia el final de su vida Molinari parece

haberse retractado de su posición y retornado a la idea de un gobierno monopolístico (Rothbard, 1977).

Por otro lado, durante el siglo XIX en los EE.UU., los anarquistas individualistas como Lysander Spooner y Benjamin Tucker sostenían algunas posiciones que dificultan su colocación en el campo pro-mercado (Rothbard, 2006). En realidad, la consolidación del anarco-capitalismo como doctrina, y por lo tanto como opción política claramente definida a ser tomada en cuenta, no llega antes de Murray Rothbard y sus seguidores libertarios en los años 1960 y 1970. No debe extrañarnos pues que una doctrina con tan sólo algunas décadas de haberse consolidado no se haya concretado todavía, mucho más una doctrina tan radical como lo es el anarquismo de mercado.

El costo de oportunidad del anarquismo

En relación con su pesimismo, uno de los corolarios que Holcombe pretende extraer de su argumento es que ser anarco-capitalista posee un elevado costo de oportunidad. La idea es que defender la anarquía, desvía un esfuerzo considerable que podría dedicarse a otras actividades, de las cuales se podría esperar con más realismo que sirvieran para limitar y disminuir el alcance del gobierno (Holcombe, 2005b:556).

Este argumento es distinto del que ya consideramos, que acusa al anarquista de falta de realismo político por sus ideas generales. Esta objeción dice algo así como “¿Por qué en vez de escribir papers anarquistas no dedicás tu atención a defender otro tipo de doctrinas y medidas específicas menos grandilocuentes, las cuales pueden traer un mayor rédito político práctico para la libertad?”. Lo que este argumento sugiere no es que sea muy poco realista la doctrina anarquista en sí, sino que es irrealista proponerla, defenderla y profundizarla hasta tanto no sea una opción pragmática clara. En otros términos, Holcombe estaría llamando a una conciliación entre los defensores del gobierno limitado y los anarquistas. Lo hace de una manera, hay que decirlo, muy poco cortés ya que estaría diciendo que no discutamos más estas cosas, que no escribamos más sobre ellas; pospongámoslas hasta el día en que realmente nos veamos forzados a escoger entre ambas alternativas.

Hasta que ese día no se vislumbre en el horizonte, tendríamos que trabajar juntos para reducir el alcance del gobierno.

Este corolario del argumento de Holcombe es extraño. Después de todo, las mismas objeciones pueden aplicarse contra Holcombe por intentar refutar al anarquista. En sus propios términos, no veo como embarcarse en un debate académico sobre la imposibilidad de la anarquía puede valer el costo de oportunidad de dedicarse a otras actividades, más redituables políticamente, para promover la libertad. Para ser consistente con su idea, Holcombe debería hacer lo que la mayoría de los filósofos políticos actuales hacen con el anarco-capitalismo: ignorarlo por completo. Por lo menos debería ignorar a aquellos que pretenden discutir su argumento, y no involucrarse en sucesivas réplicas como de hecho hizo (Holcombe, 2007). Si ser anarquista no vale su costo de oportunidad, entonces refutar al anarquista tampoco puede valerlo. Si el anarquismo es innecesariamente divisivo del movimiento libertario, parte integral de reconocer que el debate no es importante es mantener el silencio respecto de esos temas. Argumentar contra el anarquismo como hace Holcombe es continuar fomentando la división.

Pero además el argumento no funciona. Lo que hace es exagerar la naturaleza de la noción de costo de oportunidad para este caso particular. A veces el costo de oportunidad de realizar una actividad excluye de un modo bastante tajante la realización de otra. Por ejemplo no es posible nadar en una piscina, mientras simultáneamente se toca el violín. Análogamente es muy difícil ser un medallista olímpico de natación y simultáneamente desarrollar las aptitudes que te transformarían en un violinista de renombre mundial. Sin embargo con otras actividades el costo de oportunidad es más flexible. Es perfectamente posible mantener una postura de fondo anarquista, mientras simultáneamente se apoyan cambios institucionales que, si bien podrían implicar un compromiso temporal con dicha postura, no por eso son incompatibles con la misma. Es perfectamente posible por ejemplo leer una ponencia en un congreso defendiendo el anarco-capitalismo, mientras se viste una remera con el slogan *Ron Paul Revolution*,⁴ promulgando abiertamente que se apoya al movimiento libertario de limitación al gobierno más inspirador y consecuente que existe en la actualidad; y esto no a pesar de, sino por ser anarquista.

Desafíos teóricos a los que sólo el anarquista puede responder

Finalmente, tampoco creo –como Holcombe piensa– que el asunto carezca de importancia práctica, incluso hoy en día. De hecho un anarquista tan coherente como Walter Block también parece sugerir esto. Respecto del debate entre anarquistas y abogados del Estado mínimo, Walter Block dice:

...muchos hemos acordado que este debate, excepto como un asunto de curiosidad intelectual, no tendrá ninguna relevancia práctica hasta aquel feliz día cuando los gobiernos presentes se reduzcan hasta, digamos, un 5 por ciento de su tamaño e influencia presente (2007:61).

Sin embargo, creo que el debate posee relevancia práctica hoy, respecto de algunos desafíos teóricos hechos por parte de pensadores no libertarios a los que según me parece sólo el anarquista puede responder con eficacia.

Veamos un buen ejemplo de esta tipo de desafíos. En los EE.UU. se llama al 15 de abril *Tax Day* porque comúnmente es el último día para entregar la declaración anual del impuesto sobre los ingresos (*Income Tax*) a la agencia gubernamental *IRS*. En un artículo publicado el 14 de abril de 1999, Stephen Holmes y Cass Sunstein sugirieron que debemos celebrar el pago de impuestos:

No te levantes mañana y cubras tu casa de negro! Porque el día de los impuestos no es un día de luto nacional. Sin impuestos no habría libertad (...). Sin impuestos no habría propiedad. Sin impuestos, pocos de nosotros tendríamos algún activo que valiera la pena defender.

Y un poco más adelante agregan:

Y el gobierno no protege “meramente” la propiedad; también define y asigna propiedad... Imaginarse propietarios sin gobierno es por lo tanto como imaginarse a jugadores de ajedrez sin las reglas del ajedrez (...) Todo esto es una perogrullada... Pero aún tiene que convertirse en un lugar común...

Puede ser razonable, en ciertos casos, bajar alícuotas impositivas. Lo que es irrazonable y, de hecho, descabellado es la muy familiar retórica conservadora que categóricamente opone libertad individual al poder del gobierno para gravar y gastar. No se puede estar a favor de los derechos y contra el gobierno porque los derechos carecen de sentido a menos que el gobierno los haga cumplir.

Siguiendo este razonamiento, los autores impugnan la distinción entre derecho negativo y positivo:

...la sobreusada distinción entre derechos “negativos” y “positivos” tiene poco sentido. Derechos de propiedad privada, libertad de expresión, inmunidad frente al abuso policial, libertad contractual, ejercicio libre de la religión – tanto como derechos a la Seguridad Social, Medicare y cupones de alimentos– son servicios sociales financiados por los contribuyentes y manejados por el gobierno diseñados para mejorar el bienestar colectivo e individual.

Y concluyen con grandilocuencia:

No hay libertad sin dependencia. Por eso es que debemos celebrar el día de los impuestos. Como a Oliver Wendell Holmes, el gran juez de la suprema corte, le gustaba decir, los impuestos “son el precio que pagamos por la civilización”.

Creo que cualquier libertario, anarquista o no, al escuchar los énfasis lingüísticos de Holmes y Sunstein, debería sentirse con el estómago revuelto. Sin embargo una vez recuperado el aliento, será preciso contra-argumentar. Llegado este punto los defensores del Estado mínimo, incluso aquellos defensores del estado ultra-mínimo, estarían en aprietos a la hora de responder a los argumentos en favor de que exista un *Tax Day*. Después de todo, lo que afirman Holmes y Sunstein es verdadero para quienes creen que debe haber un Estado mínimo. Lo único que podrían hacer es intentar mostrar que la conclusión normativa “debería haber un día de los impuestos”, no se deduce de sus premisas fácticas verdaderas.

Quizás aquellos que creen que el Estado es un mal necesario⁵ podrían replicar que en realidad no debería ser un día de festejo sino de duelo. En cualquier caso, los defensores del Estado mínimo, al no poder quitarle credibilidad a las premisas de Holmes y Sunstein, terminan siendo funcionales a sus intereses de fondo. En realidad Holmes y Sunstein no están tan interesados en que realmente se instituya el “Día de los impuestos”, como lo están en instalar una mística estatista. Recordemos que su intención es desactivar lo que denominan la “retórica conservadora”. Pero la desarticulación de dicha retórica sólo puede traer malas consecuencias políticas para el libertario que defiende al Estado mínimo. El libertario minarquista debe forzosamente admitir que la “retórica conservadora”, aunque pueda ser inexacta, es ampliamente correcta y puede tener un potencial transformador muy fructífero en términos de adelantar el ideal de la libertad.

Es en casos como este, entonces, que ser defensor del Estado mínimo y no ser anarquista trae un rédito político, tanto de largo como de corto plazo, contraproducente para el avance de la libertad.

NOTAS

- 1 A diferencia de la teoría anterior, en la cual el Estado surge por conquista militar, bajo la cual difícilmente se podría pretender que el Estado surge de una preocupación por el bienestar de sus habitantes.
- 2 Jan Narveson señala este punto: el defensor del Estado mínimo no puede enarbolar su mayor realismo como crítica contra el anarquista. Véase Narveson (2008).
- 3 Los autores se refieren a la abolición del tráfico de esclavos por el Parlamento Británico en 1807, y a la abolición un cuarto de siglo después de la esclavitud en sus colonias (Stringham y Hummel, 2009:13).
- 4 Quizás valga aclarar que este punto cobra mayor relevancia cuando se sabe que el autor de estas páginas realmente se hallaba vistiendo dicha remera al momento de su lectura en público.
- 5 No es el caso de los randianos, para quienes el Estado ultra-mínimo es un *bien* necesario. Para Ayn Rand decir que algo es un mal necesario, implicaría que algo bueno puede surgir de algo perverso, o mejor dicho que el mal podría ser necesario. Esto sería contradictorio con sus definiciones de “bueno” y “malo”: “La vida de un organismo es su *patrón de valor*, lo que ayuda a su vida es *bueno*, aquello que lo amenaza es *malo*.” Ayn Rand (2007, p.24, cursivas de la autora). Para una discusión más amplia de quienes piensan que el Estado es un *bien* necesario véase Richard A. Garner (2009).

REFERENCIAS

- Block, Walter, 2007, "Anarchism and Minarchism; No Raprochement Possible: Reply to Tibor Machan", *Journal of Libertarian Studies*, Volume 21 (1), Spring, 61-90.
- Garner, Richard A., 2009, "Minarchy Considered," *Libertarian Papers* 1 (37), en www.libertarianpapers.org
- Holcombe, Randall, 2004, "Government: Unnecessary but Inevitable", *The Independent Review*, Vol. VIII (3), Winter, 325-342, en <http://www.independent.org/publications/tir/promo.asp>
- Holcombe, Randall, 2005a, "Is Government Inevitable?", *Independent Review*, Vol. IX, Spring, 543-549.
- Holcombe, Randall, 2005b, "Is Government Inevitable? Reply to Leeson and Stringham", *Independent Review*, Vol. IX, N°4, Spring, 551-557.
- Holcombe, Randall, 2007, "Is Government Really Inevitable?", *Journal of Libertarian Studies*, Vol. 21 (1) Spring, 41-48.
- Holmes, Stephen y Cass R. Sunstein, 1999, "Why We Should Celebrate Paying Taxes", *The Chicago Tribune*, at 19 (April 14), en <http://home.uchicago.edu/~csunstei/celebrate.html>.
Mi traducción.
- Hoppe, Hans Hermann, 1995, "Natural Elites, Intellectuals and the State", Ludwig von Mises Institute, en <http://mises.org/etexts/intellectuals.pdf>
- Hoppe, Hans Hermann, 2008, "On the Impossibility of Limited Government and the Prospects for a Second American Revolution", *Mises Daily*, June 28, en <http://mises.org/daily/2874>.
- Leeson, Peter T. y Edward P. Stringham, 2005, "Is Government Inevitable?", *Independent Review*, v. IX, Spring 2005, pp. 543-549.
- Machan, Tibor y Roderick T. Long (eds.), 2008, *Anarchism/Minarchism. Is Government Part of a Free Country?*, Ashgate, en www.gigapedia.com.
- Molinari, Gustave de, 1849, "De la Production de la Sécurité", *Journal des Économistes*, 15 de Febrero, Vol. 22 (95): 277-290, disponible en <http://anarcho-capitalisme.blogspot.com/2006/12/de-la-production-de-la-scurit.html>. Hay traducción al inglés disponible, ver referencia completa en Rothbard (1977).
- Narveson, Jan, 2008, "The State: From Minarchy to Anarchy", en Machan y Long, Op. Cit., pp. 103-110.
- Nozick, Robert, 1990 (1974), *Anarquía, Estado y Utopía*, Fondo de Cultura Económica, Bs. As.-México-Madrid, trad. Rolando Tamayo.

- Oppenheimer, Franz, 1926, *The State, It's History and Development Viewed Sociologically*, Vanguard Press, New York, trad. John M. Gitterman, en www.mises.org. La traducción de los pasajes citados es propia.
- Rand, Ayn, 2007, *La Virtud del Egoísmo*, Grito Sagrado, Buenos Aires, trad. Luis Kofman.
- Rothbard, Murray, 1977, Prólogo al ensayo de Gustave de Molinari, "The Production of Security", trad. J. Huston McCulloch, Occasional Papers Series #2, Richard M. Ebeling (Ed.), New York: The Center for Libertarian Studies, disponible en www.mises.org
- Rothbard, Murray, 2006 "The Spooner-Tucker Doctrine: An Economist's View", *Journal of Libertarian Studies*, Vol. 20, N°1, Winter, 5-15, en www.mises.org
- Stringham, Edward P. y Jeffrey Rogers Hummel, 2009, "If a pure market economy is so good, why doesn't it exist? The Importance of Changing Preferences versus Incentives in Social Change", Mercatus Center, George Mason University, Working Paper, No. 09-09, April, en <http://mercatus.org/uploadedFiles/Mercatus/Publications/if-pure-market-economy-so-good-why-doesn-t-it-exist>.

ENTRE EL INSTINTO Y LA RAZÓN: LA EVOLUCIÓN ESPONTÁNEA DE LAS DIETAS*

*David Ortiz-Escobar***

Resumen: El objetivo del presente ensayo es argumentar que los hábitos alimenticios son una institución social, y por lo tanto pueden ser explicados como el resultado de las acciones humanas pero no del diseño humano. Las dietas humanas no se originarían exclusivamente en los instintos ni en la deliberación racional, sino que evolucionarían mediante un proceso que logra transmitir conocimiento, mantener y aumentar el grupo humano.

Abstract: The aim of this essay is to argue that eating habits are a social institution, and therefore can be explained as the result of human action but not of human design. Human diets would arise not from instincts or from rational deliberation, but from an evolutionary process that manages to convey knowledge, maintain and enhance the human group.

Introducción

F. A. Hayek, siguiendo a Adam Ferguson, sostuvo que las instituciones sociales son el producto de las acciones humanas pero no del diseño humano. Esto quiere decir que ellas no pueden ser entendidas ni como la consecuencia natural de nuestros instintos o de nuestra programación genética, ni tampoco

* Presentado en el III Congreso Internacional *La Escuela Austríaca de Economía en el Siglo XXI* (Agosto de 2010, ciudad de Rosario), organizado por la Fundación Bases, el Instituto Hayek y la Facultad de Ciencias Económicas de Rosario de la Universidad Católica Argentina.

** Magister en Economía, Universidad Externado de Colombia. Estudiante de Doctorado, Departamento de Economía, George Mason University. Email: david.ortiz.escobar@gmail.com

como el producto de nuestra capacidad de raciocinio. Al no estar en ninguno de estos dos extremos, debemos suponer que se encuentran en algún lugar “entre el instinto y la razón” (Hayek, 1988).

Uno de los ejemplos favoritos de Hayek para iluminar esta idea era el de la evolución del lenguaje: nadie lo ha creado deliberadamente, pero se ha formado gracias a las acciones individuales de todas las personas que lo han utilizado. No se puede decir que sea un resultado “natural” de la evolución biológica, ni es la obra aislada de una mente inteligente. Por lo tanto, la evolución de estas normas e instituciones puede ser entendida como la formación de un camino:

At first, everyone will seek for himself what seems to him the best path. But the fact that such a path has been used once is likely to make it easier to traverse and therefore more likely to be used again; and thus gradually more and more clearly defined tracks arise and come to be used to the exclusion of other possible ways. Human movements through the region come to conform to a definite pattern which, although the result of the deliberate decision of many people, has yet not been consciously designed by anyone (Hayek 1952:70-71).

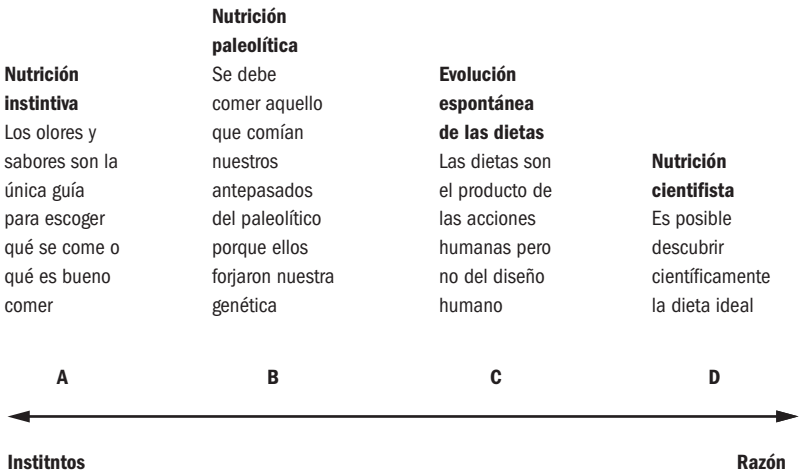
El objetivo del presente ensayo es argumentar que los hábitos alimenticios son una institución social, y por lo tanto también pueden ser explicados como el resultado de las acciones humanas pero no del diseño humano. Se evaluarán las ventajas y desventajas de las explicaciones puramente instintivas o puramente científicas en este tema, para luego argumentar a favor de una explicación que yace entre el instinto y la razón.

Con esto se pretende proponer una agenda de investigación sobre los hábitos alimenticios que tenga en cuenta el concepto de evolución espontánea, y también llamar la atención sobre el poder explicativo de esta idea en campos diferentes a los desarrollados inicialmente por el mismo Hayek.

¿El instinto o la razón?

El siguiente diagrama resulta útil para entender las dietas humanas de la manera aquí propuesta. La cuestión puede ser simplificada en un espectro, que va de las explicaciones más instintivas a las más científicas.

Gráfico 1. Diferentes formas de entender la nutrición



El instinto paleolítico

A la izquierda, en el punto A, se supone que los seres humanos comen lo que comen por razones puramente instintivas, y que estos instintos son una orientación válida de la dieta que deberíamos seguir. Lo anterior es posible porque la evolución biológica nos ha dotado de receptores que nos dan una idea de si algo se puede comer o no, o de si vale la pena comerlo. Nótese que en este caso la deliberación racional consciente no juega ningún papel.

No obstante, tanto la cruda experiencia como la evidencia médica han demostrado cuán imperfectos son los mecanismos instintivos. Existen muchas frutas, vegetales y animales que, a pesar de que tienen una apariencia agradable

por su sabor y olor, generan efectos perjudiciales para el organismo. Estos efectos pueden ir desde la muerte por envenenamiento y la toxicidad aguda, hasta el lento daño al organismo cuando se ingiere de manera crónica. Para ilustrar mejor este punto, basta sólo recordar los consejos clásicos de nutrición, especialmente cuando se trata de pacientes con enfermedades coronarias, diabetes o deterioro de órganos como los riñones o el hígado: abstenerse de consumir determinadas grasas, azúcares o harinas refinadas, sal, etc., es decir, todos aquellos productos que generalmente están detrás de una comida “sabrosa”.¹

En efecto, varios estudios han demostrado que ciertos alimentos, al excitar las papilas gustativas y otros centros nerviosos, tienen la capacidad de generar placer en mayor proporción que otros alimentos. No obstante, también está claro que el consumo excesivo e indiscriminado de estos productos puede tener efectos perjudiciales para la salud (Drewnowsky, 1997). Lo contrario también puede ser cierto: productos que no parecen agradables por su olor o sabor pueden ser beneficiosos para el ser humano. Existen muchas plantas con excelentes propiedades para la salud, aunque su sabor u olor no sean los mejores. Por ejemplo, casi ningún remedio tiene un sabor agradable, pero aun así, su consumo puede traer algún beneficio.

Sin embargo, hay una manera más sofisticada de asumir una posición esencialmente genética al entender y percibir las dietas humanas, que hemos ubicado en el punto B del espectro. Se trata de los planteamientos adoptados por un grupo de corrientes que, bajo diversos nombres como *Evolutionary Fitness*, *PaNu (Paleolithic nutrition)*, *CrossFit* o simplemente *Hunter-gatherers*, defienden la presunción de que las dietas paleolíticas están mejor adaptadas a la programación genética del ser humano.²

Según el consenso científico, nuestros ancestros más lejanos, es decir, los primeros en ostentar la etiqueta de *homo*, empezaron a poblar la Tierra hace unos 2,5 millones de años, momento en el que comienza la Edad de Piedra. Los hábitos alimenticios de estas personas fueron los que en realidad moldearon nuestros órganos y metabolismo, gracias a la evolución biológica. Por lo tanto, para algunos autores modernos, si el hombre se ha adaptado por millones de años a la dieta del “hombre de las cavernas”, no tiene mucho sentido desviarse de ella (Abuissa, Keefe y Cordain, 2005).

¿A qué tipo de alimentación nos referimos cuando hablamos de una dieta paleolítica? A la de las comunidades cazadoras-recolectoras, es decir, una dieta basada en vegetales y frutas silvestres, nueces, algunos tipos de carne (especialmente si no provienen de cría intensiva) y productos del mar. En general se excluye todo aquello que no estaba presente en la mesa cavernícola: los cereales y sus derivados (como el pan), las leguminosas, los animales criados por el hombre, lácteos, etc. Además, muchos defienden el ayuno con el fin de imitar las condiciones reales de nuestros antepasados: generalmente tenían que pasar largas temporadas sin comer, hacer un esfuerzo físico muy grande para cazar algún animal, y luego sufrir otro período de largo ayuno.³

Con la introducción de la agricultura y la cría de animales, hace unos 10.000 años, las sociedades dieron un paso importante en la producción eficiente de alimentos, lo que permitió dar sustento a una mayor cantidad de población y guardar excedentes. A este proceso se le ha llamado “revolución neolítica” y su principal consecuencia fue que los grupos humanos que adoptaron la agricultura y la crianza de animales sufrieron cambios cruciales a nivel económico, social y cultural. Según Jared Diamond (1999) este cambio fue tan importante que no sólo afectó los hábitos alimenticios de la población, sino que fue el factor decisivo detrás de la consolidación de las grandes civilizaciones:

By selecting and growing those few species of plants and animals that we can eat, so that they constitute 90 percent rather than 0,1 percent of the biomass on an acre of land, we obtain more edible calories per acre. As a result, one acre can feed more herders and farmers –typically, 10 to 100 times more– than hunter-gatherers. That strength of brute numbers was the first of many military advantages that food-producing tribes gained over hunter-gatherer tribes (Diamond, 1999:88).

No obstante la evolución genética es mucho más lenta que la evolución social, por lo que no es posible suponer que en este breve lapso nuestro organismo se haya adaptado a la nueva dieta basada en cereales, legumbres

y animales criados por el hombre. No hay que perder de vista que la fase de producción de alimentos (agricultura y cría de animales) representa tan sólo el 0,5% de la historia del género *homo*. De un día para otro los seres humanos cambiaron drásticamente su forma de alimentarse, creando un desfase entre su nutrición y su fisiología.

Esta contradicción entre el programa genético y la dieta real de las personas ha sido señalada como la responsable de muchas de las enfermedades hoy conocidas, e incluso de graves problemas ambientales como el cambio climático (Cordain, 1999, y Wells, 2010). Por ejemplo, una de las consecuencias más visibles de la cría de animales es el desarrollo de diversas pestes que asolaron a la humanidad prácticamente desde que empezó esta práctica (Diamond, 1999). Aunque aparentemente el hombre ha sobrevivido por muchos años, su salud sería mucho mejor si llevara una dieta guiada por su genética y no por su cultura. Es por esto que estas corrientes valoran mucho más los instintos que los hábitos sociales al decidir qué comer y en qué momento hacerlo.

Esta visión, aunque se despoja de todo prejuicio cultural, no logra ubicarse en el lado puramente instintivo del espectro, pues se basa en gran medida en los estudios científicos sobre la prehistoria. En efecto, descubrir qué era lo que en realidad comía el hombre de las cavernas no es tarea sencilla y por lo tanto se debe apoyar necesariamente en diferentes ciencias como la antropología, fisiología, demografía, geografía, etc. Es necesario estudiar los restos óseos y dentales para hallar evidencia de cuál era la dieta de estas personas, pero también es muy importante saber qué tipo de alimentos estaban al alcance del hombre en determinada época (Ungar, 2007). Además, los representantes más importantes de estas corrientes no han tratado de descubrir cuáles eran exactamente los alimentos consumidos en el paleolítico, sino que también se han preocupado por investigar sus efectos metabólicos y nutricionales. Por lo tanto, hemos ubicado esta visión de la nutrición en un punto intermedio del espectro, aunque más cercano a los instintos que a la razón.

A la búsqueda de la dieta perfecta

Aunque los argumentos a favor de la dieta paleolítica son muy convincentes, aún quedan por resolver algunos interrogantes. ¿Cuáles son los límites de la presunción a favor de estos alimentos? Si la comida producida a través de la agricultura y la cría de animales no es tan conveniente, ¿por qué el ser humano no sólo no se ha extinguido sino que ha alcanzado un estado muy alto de civilización? Por otro lado, ¿hasta qué punto puede la ciencia por sí misma encontrar algo así como la “dieta perfecta”? En otras palabras, ¿tiene el hombre capacidad para decidir qué comer a partir de la pura deliberación racional consciente? Nos ubicamos a partir de aquí en el punto D de nuestro espectro.

Desafortunadamente, los mensajes contradictorios que continuamente se emiten desde la comunidad científica hacen pensar que en este tema no hay verdades absolutas, y que, al intentar guiar los hábitos alimenticios, los consejos médicos son tan imperfectos como los instintos o la cultura. No hay un tema que suscite tanta controversia dentro del mundo científico, como el relacionado con la nutrición y el “estar en forma”. A juzgar por el estado del debate, podríamos afirmar que la búsqueda de la dieta perfecta por el camino científico, es una empresa condenada al fracaso.

Tomemos como ejemplo el caso del agua (Valtin, 2002). Por mucho tiempo se ha ido instalando el mito de los “ocho vasos de agua diarios” con el fin de mantener un cuerpo sano, y contribuir con las diferentes funciones del organismo. Cuando esta idea ya estaba a punto de convertirse en una verdad incontrovertible, aparecieron numerosos estudios alterando sobre los riesgos de adoptar esa práctica. Algunos la criticaban por ser demasiado conservadora (el cuerpo humano en realidad necesita más agua), otros por ser demasiado simplista (los zumos, frutas y verduras, también son fuente de hidratación) y otros por ser exagerada (el exceso de agua hace que el organismo pierda minerales importantes y altere su equilibrio). Controversias como ésta son muy comunes en el campo de la nutrición. Las carnes rojas, el licor y los carbohidratos son otros ejemplos de la falta de consenso científico.

Ahora bien, no se quiere aquí atacar a la investigación científica en este campo. De hecho, el desprestigio en el que han caído las recomendaciones médicas sobre hábitos alimenticios no se debe a los estudios mismos, sino a las interpretaciones hechas a partir de ellos. En general, éstos son experimentos controlados en los que las conclusiones son del tipo “no se encontró evidencia de que el consumo general del producto x tenga un impacto sobre las funciones Y o Z en el grupo analizado”. El hecho de que después otros científicos encuentren un resultado contradictorio no se debe a la incompetencia de los investigadores, sino a la inevitable complejidad de los fenómenos fisiológicos y nutricionales.

Saber si un alimento es beneficioso o no y la importancia de su efecto, es una pregunta difícil de responder. Esto depende de cuestiones complejas como las propiedades del alimento y de cómo ellas van a ser recibidas por el organismo, de cómo se combina con otros alimentos, durante cuánto tiempo y en qué circunstancias ha sido consumido, qué tipo de actividad se realiza, en qué clima se vive, cómo fue preparado, etc. Todos estos factores no sólo rompen con cualquier linealidad en los sistemas nutricionales, sino que introducen elementos típicos de los fenómenos complejos como retroalimentación, cascadas, efectos de red y sensibilidad a las condiciones iniciales (Panagiotou y Nielsen, 2009).

A pesar de esta complejidad, se ha ido formando algo así como una sabiduría convencional o “paradigma dominante” alrededor de los hábitos alimenticios. Para esta corriente dominante es recomendable comer varias veces al día (no tres ni una) y no hacer ayunos prolongados. Además, generalmente aconseja incluir en la dieta gran variedad de cereales y productos lácteos, tal como se puede observar en la famosa pirámide alimentaria introducida en 1992 por el Departamento de Agricultura de los Estados Unidos.⁴

Sin embargo, al igual que la ciencia económica, la heterodoxia es agresiva y convincente en sus planteamientos y siempre parece poner en jaque el consenso que por momentos no parece tan robusto. Nótese qué tan lejano está el paradigma científico dominante del movimiento paleolítico en cuanto a recomendaciones de hábitos alimenticios, por no hablar de otros aspectos

como la actividad física. Por ejemplo, mientras que para la corriente dominante ciertos tipo de grasa son las “cenicientas” y los cereales son los “reyes” de la nutrición, la dieta paleolítica sostiene que los roles deberían estar invertidos.

La evolución espontánea de las dietas

La propuesta central de este ensayo es que las dietas no pueden ser entendidas como una cuestión instintiva, ni tampoco como un asunto puramente científico. Las dietas son más bien una institución social, y por lo tanto el producto de las acciones humanas pero no del diseño humano. En la sección anterior se sostuvo que los enfoques instintivos o racionalistas son insatisfactorios para la cabal comprensión del fenómeno, por lo tanto se propone una aproximación evolutiva, según la cual los hábitos alimenticios evolucionan constantemente teniendo en cuenta las restricciones ambientales, con el fin de transmitir conocimiento y mantener y ampliar el grupo humano. Esta idea está ubicada en el punto C del gráfico 1.

Es necesario recordar la idea hayekiana de que el conocimiento no es la suma de todo el conocimiento científico (Hayek, 1945a), sino que también existe el conocimiento práctico: aquel que se descubre por accidente o gracias a la deliberación personal en momentos específicos y que se basa más en las circunstancias particulares. Así como Hayek demostró que esa idea es clave para entender los procesos de coordinación económica, la misma puede ser aplicada para entender el surgimiento de las dietas.

Por lo tanto, podríamos reconstruir la evolución de la alimentación a través de una historia conjetural, usando los mismos términos hayekianos. En principio los humanos no sabían qué comer, porque como ya se había anotado, los instintos no son una guía completamente acertada para saber qué comer o qué es bueno comer. Nuestros antepasados no disponían de herramientas científicas para saber qué plantas o animales eran venenosos y por lo tanto la única forma de saberlo era probándolos. Cuando alguien comía algo venenoso, los otros miembros del grupo se daban cuenta de que

esta persona moría e incorporaban este conocimiento, tratando de pasarlo a la siguiente generación y así evitar que su descendencia pereciera por la misma causa. Este mecanismo de descubrimiento y transición de conocimiento también funcionaba en sentido inverso: cuando alguien comía algo que lo hacía sentir mejor, transmitía esa información a otros miembros de su grupo y especialmente a sus hijos, quienes asumían este comportamiento por imitación o educación. Sin embargo, el único criterio de creación de conocimiento no fue la satisfacción individual. En el largo plazo los hábitos alimenticios que sobrevivieron fueron los más exitosos en preservar y aumentar el grupo humano.⁵

El proceso anterior se puede multiplicar por miles de años, y de esta manera se va creando el tejido de conocimiento de una complejidad creciente, que adopta la forma de una institución social. Para poder preservar este conocimiento es necesario maximizar la probabilidad de que no sea olvidado, y evitar las desviaciones del patrón. En algunos grupos humanos estas normas adoptan la forma de tabúes o mandatos divinos. Nótese que, una vez creado el tejido, es muy difícil ir atrás y explicar las razones de todos los hábitos alimenticios prescritos. Se sabe que es mejor asumir determinada conducta, pero las razones no son muy claras. Aunque las normas alimenticias se vuelven un sistema institucional esencialmente conservador, al mismo tiempo debe dejar espacio para que cada persona pueda sacar el máximo provecho de los accidentes o de las nuevas circunstancias a las que se enfrenta. Las normas de comportamiento son una estrategia ganadora, pero pueden ser perfectibles, y cada individuo puede de forma anónima contribuir a su evolución.

¿Quién inventó el vino, la cerveza, el queso, etc.? En realidad nadie lo sabe, porque estas no son invenciones sino el resultado de accidentes que generaron consecuencias no planeadas. Según una leyenda famosa, alguien descubrió el queso porque dejó un poco de leche olvidada y cuando volvió al día siguiente, vio como la leche se había puesto dura y había adquirido otro sabor. Según otra leyenda, el queso fue descubierto porque la leche era transportada en tripas de animales, en donde, dadas cierta temperatura, se volvía queso. No importa qué versión es la verdadera, pues en ambas es

claro que el queso fue un descubrimiento no planeado. Lo mismo sucedió con el té, el café, las bebidas alcohólicas y la mayoría de recetas y preparaciones hoy conocidas. Tampoco existe una manera científica de volverse chef, sino que este es un oficio que se basa en el conocimiento subjetivo que surge gracias a la experiencia personal.⁶

Más aun, este proceso de descubrimiento accidental explica la transición de una sociedad cazadora-recolectora a una productora de alimentos, como lo sostiene Diamond:

What actually happened was not a discovery of food production, nor an invention, as we might first assume. There was often not even a conscious choice between food production and hunting gathering. Specifically, in each area of the globe the first people who adopted food production could obviously not have been making a conscious choice or consciously striving toward farming as a goal, because they have never seen farming and have no way of knowing what it would be like. Instead... food production evolved as a by-product of decisions made without awareness of their consequences... food production systems evolved as a result of the accumulation of many separate decisions about allocating time and effort (Diamond, 1999:105-107).

Como la evolución social es la evolución genética por otros medios, y su objetivo es el mantenimiento y diseminación de la vida, es fácil entender por qué los hábitos de las sociedades recolectoras fueron poco a poco eliminados por las prácticas relacionadas con la producción de alimentos. La evolución social privilegió las dietas basadas en alimentos producidos sobre aquellas basadas en alimentos recolectados, simplemente porque fue más exitosa en preservar y aumentar los grupos humanos. En efecto, en un período de tan sólo 10.000 años, casi todos los pueblos de la tierra adoptaron una dieta basada en la producción de alimentos. Los únicos grupos de cazadores-recolectores que ahora existen son una reliquia del pasado y se espera que desaparezcan en las próximas décadas.

En algunos casos este proceso se dio por simple imitación, pero en otros lo que sucedió sencillamente fue la extinción de los grupos de cazadores-

recolectores, bien sea porque sufrieron una época de escasez de alimentos o porque fueron dominados por grupos que sí habían adoptado estructuras de producción de alimentos. Según Diamond:

... only a few areas of the world developed food production independently, and they did so at widely different times. From those nuclear areas, hunter gatherers of some neighboring areas learned food production, and peoples from other neighboring areas were replaced by invading food producers from the nuclear areas —again, at widely differing times (Diamond, 1999: 103).

Debido a lo anterior, la investigación científica en este tema rara vez va desde los alimentos hasta sus efectos, sino que es exactamente lo contrario. Primero se identifica un grupo humano, luego se estudian sus hábitos alimenticios y su situación de salud, y sólo después, en último lugar, se tratan de establecer relaciones causales entre los aspectos positivos y negativos de la salud de este grupo humano con sus patrones alimenticios. En muchas ocasiones el papel de la ciencia ha sido simplemente el de poner en términos formales algo que las mismas comunidades *ya sabían*, al menos de manera táctica.

Por ejemplo, la ciencia ha clasificado los alimentos en algunos grupos básicos: proteínas, carbohidratos, grasas, etc. Además ha establecido una lista de minerales y vitaminas necesarias para el hombre, llegando a la conclusión de que los seres humanos requieren un balance de estos productos. Aunque ningún grupo humano tiene un balance perfecto (sí es que puede haber algo así como un balance perfecto de nutrientes), las dietas más importantes incluyen productos de todos los grupos y en general aseguran una ingesta adecuada de minerales y vitaminas, sin que nadie haya definido estas dietas científicamente. La fijación moderna por la “dieta mediterránea” es otro ejemplo de esto. Al recomendarla, los médicos están sugiriendo la adopción de una serie de hábitos alimenticios que supuestamente traen más beneficios para el hombre que otras dietas, pero esto no quiere decir que tengamos la capacidad de reconstruir todas las relaciones casuales para defender esta idea científicamente.

Implicancias y conclusiones

Hemos propuesto que las dietas pueden entenderse como el producto de las acciones humanas pero no del diseño humano, y que en su estudio es muy importante la idea de evolución espontánea. Al principio de este trabajo se planteó un espectro en donde reposan diferentes puntos de vista sobre el tema, pero sería más constructivo tomarlas no como explicaciones alternativas sino complementarias, porque finalmente todas se refieren a formas de adquisición de conocimiento. La genética y los instintos son una forma de conocimiento porque de alguna manera reflejan la adaptación fisiológica del hombre a las condiciones ambientales; la evolución social también es una forma de transmitir el conocimiento práctico acumulado por las generaciones pasadas; y el conocimiento científico representa la categorización racional que contribuye a una mejor comprensión de los fenómenos.

Por ejemplo, el proceso de evolución de las dietas se remonta más allá del inicio de la producción de alimentos, pues las sociedades de cazadores-recolectores también tuvieron que ir forjando un compendio de conocimiento sobre la alimentación, que fue decantando durante un inmenso rango temporal. No obstante, una aproximación puramente paleolítica al tema corre el riesgo de desconocer el gran volumen de conocimiento que se ha ido acumulando desde la invención de la agricultura. Tampoco es efectivo un enfoque puramente científico para entender el tema, pues éste desborda los límites de la razón, debido a la complejidad de los fenómenos nutricionales.

Está claro que no existe un consenso sobre los buenos y los malos alimentos. Muy probablemente tal consenso no sea posible, porque la nutrición es un fenómeno complejo, que puede llegar a entenderse únicamente si se acepta que el conocimiento en este caso no es sólo el conocimiento científico. Por lo tanto, cualquier regulación del gobierno en materia alimenticia no tiene la capacidad de mejorar la salud de las personas, sino que, al contrario, podría impedir la evolución de hábitos alimenticios que sean mejores o más adaptados a las circunstancias personales.⁷ Iniciativas como la de la Organización Mundial de la Salud (2004) sobre una dieta global marcan el inicio de un camino paternalista en este tema, lo cual es preocupante porque,

como sucede en todos los fenómenos complejos, la intervención deliberada puede tener consecuencias negativas no intencionadas.

Además de la inevitable ignorancia de la que sufren incluso los más expertos en el tema, también se han señalado algunas preocupaciones de economía política. Y es que ante un gobierno interventor, siempre cabrá preguntarse si sus acciones se explican por la benevolencia de políticos y burócratas o si, por el contrario, hay intereses privados que ejercen presión para que el sector público beneficie la producción de ciertos productos en desmedro de otros (Zhang, 2007).

No obstante, esto no quiere decir que los individuos, decidiendo libremente, puedan tomar las mejores decisiones nutricionales en el corto plazo. Los efectos de la ingesta de alimentos con una historia corta (por ejemplo, las comidas procesadas, los refrescos, etc.) sólo pueden ser verificados en el largo plazo. El proceso de ensayo y error en materia de alimentos no tendría fin porque siempre se introducirán al mercado nuevos alimentos o productos procesados de maneras novedosas. Es por eso que los estudios científicos sobre los efectos de determinados alimentos siempre dejan en claro, no sólo el tamaño y la diversidad de la población, sino también durante cuánto tiempo se ha estado consumiendo un producto.

La imposibilidad de llegar a una verdad científica en este tema convierte la diversidad dietaria en algo positivo. El que existan diversos grupos de defensores de dietas paleolíticas, vegetarianas, o personas que han decidido seguir ciertos hábitos que se salen de la norma, no son realidades reprobables (siempre y cuando ellos no traten de imponer una verdad universal o una dieta “de Estado”).

Estas maneras alternativas de ver la nutrición son indispensables, pues es gracias a la diversidad y al ensayo y error que se pueden ir seleccionando las prácticas más exitosas, nutriendo así el proceso de evolución de los hábitos alimenticios. Las posibilidades de la evolución se expanden si se vive en un ambiente de libertad en donde, como afirma Hayek, *everyone is allowed to try and see what he can do* (1945b:15).

NOTAS

- 1 Algunos médicos resumen el consejo de forma mucho más práctica: si es sabroso es malo para ti.
- 2 Varios adherentes a estos movimientos se reconocen así mismos como libertarios. Una de las figuras más representativas que en los últimos años ha adaptado esta forma de vida es Nassim Taleb. Aunque no es el tema central de su libro, Taleb demuestra que un estilo de vida paleolítico es más coherente con la complejidad de los fenómenos de *Extremistan*: “If you consider your diet and exercise as a simple energy deficits and excesses, with a straight calorie-in, calorie-burn equation, you will fail into the trap of misspecifying the system into simple, casual and mechanical links. Your food intake becomes the equivalent of filling up the tank of your new BMW. If, on the other hand, you look at food and exercise as activating metabolic signals, with potential metabolic cascades and nonlinearities from network effects, and with recursive links, then welcome to complexity, hence *Extremistan*” (2010, p. 327).
- 3 Algunos incluso se abstienen a consumir productos provenientes del Nuevo Mundo, que obviamente no estaban presentes en la dieta paleolítica. Ver por ejemplo el artículo de Goldenstein (2010). Es importante aclarar que hay algunas funciones más radicales que otras y por lo tanto difieren en los productos que aceptan, o el grado en el que los aceptan. Por ejemplo, Kurt Harris, MD, ha aclarado en repetidas ocasiones que no se trata simplemente de imitar los hábitos paleolíticos, sino de verificar, si el consumo de determinado producto es coherente o no con nuestro programa metabólico. El doctor Harris acepta por lo tanto la ingesta de lácteos no descremados. Ver su blog: <http://www.paleonu.com>
- 4 Ver por ejemplo el sitio de internet *The Nutrition Source*, de la Harvard School of Public Health. Allí se encuentran las recomendaciones que se podrían etiquetar como el *mainstream* de la nutrición.
- 5 Por supuesto que siempre va a permanecer la duda de si los hábitos alimenticios consolidados por más tiempo en realidad son los más eficientes para preservar y aumentar el grupo humano. Sin embargo, como no existe forma de saber si un conjunto alternativo de hábitos es más eficiente que el prevalente, la única manera razonable de mejorar la situación existente es a través de modificaciones en el margen. En otras palabras, la única manera razonable de mejorar un sistema complejo no es tratar de reemplazarlo por otro, sino cambiar una característica del mismo tomando como dadas las demás.
- 6 Para profundizar más sobre el “know how” de la cocina, ver el número especial de *The New Yorker*, noviembre 23, 2009.
- 7 La regulación estatal del sector de alimentos puede tomar por lo menos dos formas. Por un lado, es común que los gobiernos establezcan estándares de calidad para prevenir el consumo de alimentos contaminados o dañados (Weiner, 1998). Por otro lado, en los países desarrollados cada vez toman más fuerza las regulaciones que pretenden guiar los hábitos de alimentación por una senda determinada, con el fin de evitar los costos que el sistema de salud debe asumir para tratar a los pacientes que sufren enfermedades asociadas a su dieta (Baghestanian, 2009, y Oliva, 2006).

REFERENCIAS

- Abuissa, Hussam, O'Keefe, James, y Cordán, Loren, 2005, "Realigning our 21st Century Diet and Lifestyle With Our Hunter-Gathered Genetic Identity", *Directions in Psychiatric*, Vol. 25.
- Baghestanian, Sascha, 2009, "Junk Food, Taxes, and the Market Solution", en *Mises Daily*, August 17th.
- BBC News, 2010, "Sitting in the Tail of Farming Revolution", 7 de junio.
- Cordian, Loren, 1999, "Cereal Grains: Human's Double-Edge Sword", *Evolutionary Aspects of Nutrition and Health. Diet, Exercise, Genetics and Chronic Disease*, Vol. 84, pp. 19-73.
- Diamond, Jared, 1999 (1997), *Guns, Germs and Steel: The Fates of Human Societies*, Norton, Nueva York.
- Drewnowsky, Adam, 1997, "Why Do We Like Fat?", *Journal of The American Dietetic Association*, Vol. 97, N° 7 (supplement).
- Goldstein, Joseph, 2010, "The New Age Caveman and the City", *The New York Times*, January 8th.
- Gran, Stanley, 1997, "From the Miocene to Olestra: A Historical Perspective of Fat Consumption", *Journal of the American Dietetic Association*, Vol. 97 (7) (supplement).
- Harris, Kurt, 2011, *Archevore*, sitio web at www.paleonu.com
- Harvard School of Public Health, 2011, *The Nutrition Source*, sitio web del Departamento de Nutrición, disponible en <http://www.hsph.harvard.edu/nutritionsource/>
- Hayek, F. A., 1945a, "The Use of Knowledge in Society", *American Economic Review*, XXXV, 4, September, pp. 519-30.
- Hayek, F. A., 1945b, "Individualism: True and False", en su libro de 1996, *Individualism and Economic Order*, Chicago University Press.
- Hayek, F.A., 1988, *The Fatal Conceit, The Errors of Socialism*, Univeristy of Chicago Press.
- Oliva, S. M., 2006, "Must the Government Decide if KFC is Good for You?", *Mises Daily*, July 6th.
- Organización Mundial de la Salud, 2004, "Global Strategy on Diet, Physical Activity and Health", disponible en http://www.who.int/dietphysicalactivity/strategy/eb11344/strategy_english_web.pdf
- Panagiotou, Gianni, y Nielsen, Jeans, 2009, "Nutritional Sytems Biology: Definitions and Approaches", *Annual Review of Nutrition*, Vol. 29, August.

- Taleb, Nassim, 2010, *The Black Swan*, Random House, Nueva York.
- Ungar, Peter (comp.), 2007, *Evolution of The Human Diet: The Known, The Unknown and the Unknowable*, Oxford University Press, Nueva York.
- Valtin, Heinz, 2002, "Drink at least eight glasses of water a day. ¿Really? Is there scientific evidence 'of 8X8'?", *AJP Regulatory Integrative Comparative Physiology*, Vol. 283, N° 5, November.
- Weinert, Patrick, 1998, "The Dangers of Food Safety", en *The Free Market*, Vol. 16 (10).
- Wells, Spencer, 2010, *Pandora's Seed, The Unforeseen Cost of Civilization*, Random House, Nueva York.
- Zhang, Jane, 2007, "Food Markets Taste For Government Regulation is Changing", *The Wall Street Journal*, September 17th.

ECONOMÍA DE LOS CONTRATOS Y ESCUELA AUSTRÍACA DE ECONOMÍA: CONSIDERACIONES PRELIMINARES*

*Eduardo Stordeur (h)***

Introducción

Los autores afiliados a la tradición de la Escuela Austríaca de Economía (EAE) han sido, en general, críticos del Análisis Económico del Derecho (AED), cuestionando varios de los supuestos y herramientas analíticas de corte neoclásico empleados por el enfoque económico del Derecho.

En otra oportunidad, he sugerido que con independencia de algunas importantes y justificadas diferencias en los planos normativo y metodológico, es posible encontrar un grado apreciable de compatibilidad entre la EAE y el AED. Apelando a un examen comparativo de los supuestos básicos de análisis en autores paradigmáticos de ambos enfoques concluía que algunas coincidencias podían encontrarse fundamentalmente en el plano explicativo, es decir en la descripción de las funciones económicas básicas o centrales del sistema legal.

En esa oportunidad me interesaba mantener la discusión en el ámbito de los principios más generales, en parte porque a ese nivel habían planteado la discusión los autores de la EAE, críticos del enfoque económico del Derecho.

En este trabajo, sin embargo, quiero ilustrar de un modo más concreto la eventual compatibilidad entre ambos enfoques, examinando hasta qué punto un exponente típico de la EAE debería aceptar, y en ese caso con qué condiciones o supuestos, las clásicas funciones económicas del derecho

* Este trabajo fue escrito en el marco de la beca Federico J. L. Zorraquín otorgada por ESEADE. Agradezco el apoyo financiero de ESEADE para este trabajo.

** Doctor en Derecho (UBA). Profesor Titular de Derecho y Economía (ESEADE). Profesor de postgrado (UBA). Profesor invitado (Escuela de Derecho, UTDT). Fue recientemente Académico Visitante en el Programa de Derecho y Economía (Universidad de Berkeley).
Email: eduardo_stordeur@yahoo.com.ar

de los contratos descriptas con frecuencia por los autores del AED. En otros términos, quiero examinar el grado de compatibilidad de ambos enfoques en un tema tan sensible a la cooperación y la eficiencia de los mercados como es el derecho de los contratos. Otro modo de poner el asunto: quiero mostrar el modo en el cual, creo, un economista influenciado por los principales autores de la EAE podría examinar o describir las funciones centrales del derecho de los contratos.

Para eliminar confusiones, antes quiero mostrar algunas diferencias importantes básicas entre el modo de entender y valorar el derecho entre un típico exponente del AED y un típico exponente de la EAE, según dos modos característicos y frecuentes de entender el derecho entre economistas de esta última tradición: la concepción del derecho como un orden espontáneo, basada en los trabajos de Friedrich A. von Hayek, y una variante libertaria de los derechos naturales en la tradición de John Locke. Creo que buena parte de las diferencias normativas en el plano legal entre un analista económico del derecho típico y un autor paradigmático de la EAE debería provenir de alguna de estas dos influencias, razón por la cual me interesa examinarlas, antes de pasar al plano más descriptivo del trabajo.

Con esa finalidad, inicialmente voy a identificar aquellos puntos salientes de la EAE respecto de la teoría de precios y de posibles concepciones de la justicia o modos de pensar el derecho, para luego examinar cada una de las funciones económicas centrales del derecho de los contratos en la versión ortodoxa, y su eventual grado de compatibilidad con el enfoque de la EAE.

Escuela Austríaca de economía y teoría de precios

Un primer problema es identificar con precisión qué conjunto de ideas son representativas de la Escuela Austriaca de Economía. Con frecuencia se emplea el término Escuela de Viena o Escuela Austríaca, en un sentido amplio, para referir a un muy distinguido y variado grupo de economistas emigrados de Austria luego de la Gran Guerra, entre los que cuentan, por ejemplo, el conocido historiador de las ideas económicas Joseph Schumpeter,

el temprano partidario de la economía mixta, Von Wieser, y hasta uno de los pioneros de la teoría de los juegos.¹

Sin embargo, más frecuentemente se emplea el término Escuela Austríaca de Economía (EAE) en un sentido mucho más restrictivo, para referir a una tradición de pensamiento económico asociado a un conjunto de ideas expresadas por autores típicos como Ludwig von Mises, Friedrich A. von Hayek, y más modernamente, Israel M Kirzner y Murray Rothbard. Sin embargo, aun en esta definición no es simple caracterizar de modo preciso a la EAE: mientras Mises y Rothbard, por ejemplo, parecen rechazar muchas de las herramientas teóricas empleadas en el enfoque económico dominante de mayor uso en economía del derecho, otro autor tan central a esta corriente como Hayek fue mucho más permeable al método y herramientas de la visión predominante en la economía tradicional.²

Examinada a cierta distancia, es posible que la EAE no tenga rasgos distintivos lo suficientemente fuertes para ser distinguida nítidamente del marginalismo en general: aun con variantes, adopta una versión maximizadora de la decisiones humanas donde las personas responden a precios de modo tal que sus decisiones pueden ser referidas a un proceso que toma en cuenta la noción de equilibrio.³ Vista de cerca, sin embargo, tiene algunas notas que la diferencian marcadamente del enfoque tradicional, aun cuando no es del todo seguro que permita una alternativa completa a la economía convencional.⁴ Sin embargo, si se pone adecuadamente el énfasis en los aportes de autores característicos de la EAE, es posible extraer algunas notas centrales que la distinguen, sobre las cuales voy a poner énfasis para examinar las funciones económicas del derecho de los contratos. Aun sin ánimos de ser exhaustivo, quisiera destacar algunas de las características que me parecen salientes de la EAE en el campo de lo que los economistas tradicionales denominan teoría de precios y que constituye la parte de la teoría económica más empleada para examinar el sistema legal.

Una nota central de la EAE que la distingue de la teoría económica convencional es la reticencia de algunos de sus miembros más representativos, por cuestiones de método, a validar empíricamente sus hipótesis. Para los miembros de la EAE la economía es cualitativa y rechazan en forma extendida

el empleo de matemáticas, optando por la exposición literaria, al mismo tiempo que muchos de sus partidarios emplean el método deductivo, al menos de manera predominante. De hecho, se ha sugerido que la menor recepción de la EAE respecto del enfoque (dominante) de la Escuela de Chicago en la defensa de una economía de mercado se debe o puede deberse precisamente al rechazo a validar empíricamente sus hipótesis, aun de manera cualitativa, en contra de la práctica más extendida en las ciencias en general (Skousen, 2005:99-100).

Mises, por ejemplo, emplea poca historia, nada de gráficos y herramientas formales, usa pocos datos y ni siquiera apela a ejemplos cualitativos en sus trabajos. Defiende expresamente el método deductivo en teoría económica: los datos, en el mejor de los casos, muestran pero no demuestran principios de teoría económica, puesto que es la teoría que se obtiene deductivamente la que permite leer los datos e interpretarlos.⁵ Rothbard, sin embargo, ha sido generoso en el empleo de datos en su explicación de la crisis del '30 y emplea gráficos y algo de álgebra simple en su tratado de economía – pero probablemente con fines didácticos antes que teóricos– en tanto adhiere seriamente a un apriorismo extremo: como su maestro Mises, pensaba que los datos no pueden falsear ni verificar la necesaria validez deductiva de los teoremas de la ciencia de la acción humana (Rothbard, 1957:315–18).

Otro elemento central al enfoque de la EAE es la noción del mercado como un proceso dinámico de asignación de recursos, como opuesto a la idea de equilibrio neoclásico. Pero lo cierto que la idea de proceso de equilibrio incluye esa noción o al menos fuerzas impersonales equilibrantes del mercado que tiendan hacia el equilibrio (Lachmann, 1976). En este proceso, además, con frecuencia los autores de la EAE ponen énfasis en la figura del emprendedor o empresario, cuyos aciertos en las transacciones tienden a corregir el mercado hacia una tendencia al equilibrio que nunca se alcanza por el cambio en las condiciones de los mercados.

Otra nota central es la idea de que el conocimiento no puede describirse ni cuantificarse y que la función central de los precios es precisamente ofrecer o canalizar el mismo de modo tal que los mercados tiendan hacia el equilibrio. El cambio en el conocimiento produce nuevos desequilibrios que

operan como mecanismos para que el mercado los corrija y así obtener ganancias, permitiendo un mejor ajuste de expectativas entre los participantes del mercado. Expectativas que, como nadie lo ha destacado tanto como los austriacos, son subjetivas, mudables e inconmensurables. Los precios expresan expectativas subjetivas, recogen información y conocimiento disperso en los mercados permitiendo una mejor convergencia de planes en la toma de decisiones respecto de bienes escasos, asignando éstos conforme las valoraciones de los consumidores. En este sentido una fuerte (y para mí válida) objeción clásica de la EAE a la planificación central de la economía es la imposibilidad de cálculo económico en ausencia de precios, que son expresión necesaria de intercambios libres entre compradores y vendedores en los mercados.

Aun sin entrar en detalles, puesto que es difícil caracterizar por completo a la EAE en breve espacio, creo que sus elementos centrales distintivos en materia de teoría de precios son: (a) un radical subjetivismo, (b) su visión apriorística de la teoría económica, (c) el énfasis en la ignorancia de los actores del proceso de mercado, (d) el consecuente papel o rol informativo del sistema de precios y (e) la consiguiente descripción del mercado como un proceso que tiende hacia el equilibrio, coordinando mejor los planes individuales de los participantes del mercado.

Es posible que el lector crea que he dejado de lado aspectos importantes o centrales de la EAE en esta breve descripción, lo cual es enteramente posible. No pretendo ser exhaustivo, y de hecho voy a tomar éstos y otros elementos centrales de este enfoque para mostrar que un economista paradigmático afiliado a esta visión de la economía no debería tener demasiados problemás en aceptar buena o la mayor parte de las funciones económicas de los contratos en los términos usualmente descriptos por el enfoque económico del derecho, aun con algunas reservas y modificaciones.⁶

Dado que Hayek no ha trabajado la economía prácticamente desde la década de los '30, su mayor permeabilidad con la teoría económica convencional y la evidente proximidad teórica entre Mises y Rothbard, en general y salvo expresas excepciones, voy a hacer referencia a la posición de estos últimos autores. Sin embargo, no me interesa un examen de su pensamiento en particular, sino una lectura analítica, que sería compartida

por estos autores o quienes siguen algunas de sus ideas centrales. Soy consciente que esto asume riesgos, pero creo que las ventajas analíticas son superiores.

Sin embargo, los autores de la EAE, más que otros economistas, se han ocupado de temás relacionados con las instituciones y la justicia. Aun cuando claramente estas visiones sobre el derecho y la justicia no son parte de la teoría económica austríaca, si podrían tener influencia en diversas actitudes de economistas de la EAE en la recepción del AED, razón por la cual conviene considerarlos en forma breve.

Los autores de la EAE y el Derecho

Los autores de la EAE se han ocupado en extenso de cuestiones relativas a filosofía legal o política, campo en el cual expresan conclusiones similares, en general a favor de un ámbito muy limitado o inexistente de ingerencia gubernamental. Sin embargo, los autores más importantes de la EAE difieren significativamente respecto de las razones por las cuales las personas deberían tener un amplio campo de libertad contractual exentas del poder del Estado. Es decir, difieren en materia de filosofía legal y política.

En general, hay tres tipos de explicaciones o justificaciones del derecho o teorías de la justicia a las cuales los partidarios de la EAE adhieren: una especie de utilitarismo cualitativo, probablemente de reglas y no demasiado racionalista del tipo Mises, una versión fuerte de los derechos naturales de propiedad privada en la tradición de John Locke o, en un plano más descriptivo pero con implicancias normativas, la conocida concepción del derecho como orden espontáneo expuesta y revitalizada por Hayek.

Creo que desde un punto de vista normativo, quienes adoptan una visión del derecho del estilo Mises deberían tener menos problemas con las recomendaciones normativas usuales en AED que aquellos que adoptan un concepción dura de los derechos de propiedad en una variante del derecho de natural asociada a la conocida explicación que basa el derecho en un acto de ocupación unilateral, popularizada y desarrollada por Locke.

Mientras Mises adhiere o parece adherir a alguna forma de utilitarismo y descrea de la posibilidad de arribar a proposiciones verdaderas en el campo moral y mira al derecho como un instrumento para la cooperación y el bienestar humano, su discípulo Rothbard encuentra el fundamento del sistema legal en una versión individualista de la tradición inaugurada (de manera más notable) por Locke, poniendo énfasis en la existencia de derechos naturales que deben ser respetados con independencia de las consecuencias (Rothbard, 1989). Posición a la que adhieren algunos de sus más conocidos seguidores, como Walter Block (1995) o Hans H. Hoppe (1993).

Estos autores son defensores a ultranza del derecho de propiedad privada como derecho natural y es razonable que la visión más instrumental que tiene el AED sobre el derecho de propiedad y el derecho en general, les cause rechazo: es muy distinto considerar que los contratos deben cumplirse, como regla, por que de ellos siguen en general buenos resultados sociales (ej. la extensión de la cooperación social), que afirmar que los contratos deben ser cumplidos con independencia de las consecuencias porque las promesas o el respeto por el derecho de propiedad tienen valor moral independiente de las consecuencias.⁷

Quienes piensan las cuestiones legales de este modo ponen mucho énfasis en el valor absoluto de la autonomía individual y podrían objetar que algunas aplicaciones de los criterios de eficiencia son demásiados restrictivos de los derechos de propiedad privados y la libertad de contratar. El argumento, por ejemplo, podría decir que las personas tienen derecho a transferir libremente todo aquello que han adquirido sin violar derechos de terceros a cualquier precio, con independencia de que su actividad sea monopólica, una imperfección de mercado que para muchos economistas ortodoxos autoriza al Estado a regular la actividad privada.⁸ Muchos libertarios claramente objetarían que algunas ingerencias del Estado basadas en el bienestar no están justificadas, si nos tomamos en serio la libertad o autonomía de las personas. Aun cuando muchos autores de esta tradición han intentado mostrar el modo en el cual una sociedad entera o casi enteramente contractual puede funcionar de manera adecuada en términos de eficiencia, el acento está siempre puesto en los derechos individuales de las personas.

Usualmente quienes miran de esta forma el derecho deberían adoptar tres principios clásicos en la tradición que inaugura John Locke: (a) un principio de adquisición justa de la propiedad, un (b) principio de libertad contractual y un (c) principio de rectificación de la injusticia. En (a) un autor libertario de este tipo debería elegir un principio basado en la libre y unilateral ocupación de bienes sin dueño como mecanismo justo de adquisición de la propiedad. Un tipo de regla que no siempre es eficiente: en contextos donde los recursos son escasos puede llevar a cierto sobre-empleo de los recursos; produce una carrera por definir derechos de propiedad e incrementa o puede adelantar en el tiempo la formación óptima de derechos de propiedad. Desde la eficiencia, además, otras formas de adquisición originaria, como la subasta pública o la decisión colectiva, dependiendo del contexto, podrían tener atractivo.⁹

En el campo de la libertad contractual, un economista tradicional típico potablemente concedería menor espacio a los contratos privados que un exponente tradicional de la EAE, que adopta este modo de justificar el sistema legal. Dejando de lado las explicaciones basadas en eficiencia, estos autores insistirían en la justicia de libertad contractual con independencia de las consecuencias. Una cosa es pensar los contratos como mecanismos para incrementar el bienestar y otra muy distinta es pensar a estos como reglas que tienen para las partes un valor moral independiente de las consecuencias. En términos muy generales, un autor típico del AED limitaría la validez y ámbito de contratación a los casos en los cuales hay excedentes de la contratación, mientras que los autores de la EAE, comprometidos con una visión moral fuerte de los derechos de propiedad, sólo limitarían la validez de los contratos cuando éstos afecten derechos de terceros, o cuando se emplee fuerza, fraude o sean suscriptos por personas incapacitadas. Quienes creen que los contratos tienen sólo un valor instrumental al bienestar serían más proclives a limitar la validez de contratos en una cantidad más grande de casos, en particular cuando operan fallas de mercado que llevan a equilibrios sub-óptimos.¹⁰

Probablemente, por ejemplo en un autor como Rothbard, el fundamento del derecho de los contratos no sería asegurar la cooperación ni el incremento

del bienestar entre las partes contratantes y de la sociedad sino que debería ser justificada como una extensión del derecho natural privado de propiedad. En una concepción del derecho de esta naturaleza la obligatoriedad de cumplir con un convenio, de un modo análogo a algunas viejas instituciones y requerimientos del derecho común, se basa en que la ausencia de cumplir una prestación una vez que se ha obtenido alguna ventaja de la otra parte constituye una forma de robo, es decir, de violación del derecho de propiedad de la parte que ha cumplido la promesa.¹¹

Por último, un típico economista ortodoxo estaría dispuesto a emplear la fuerza o amenaza de la fuerza implicada en la actividad estatal en un rango mucho más amplio que el usualmente muy restringido o bien inexistente (en las frecuentes versiones anarquistas) en estas versiones mínimas de la competencia del Estado, frecuentes para este grupo de autores de la EAE.

Otra explicación o justificación del derecho usual entre autores de la EAE se debe a los valiosos aportes realizados por Hayek en el campo de la filosofía legal. Aun cuando puede haber puntos de contacto entre una visión del derecho del tipo Hayek y algunos autores del AED, hay claras diferencias en la manera de entender las funciones generales del sistema legal.¹² En la visión de Hayek, el derecho tiene un origen evolutivo de tipo orden espontáneo que excluye, en parte, las explicaciones reduccionistas que son más usuales, aunque no necesariamente únicas, en el campo del AED. Mientras los autores del AED ponen mucho énfasis en el individualismo metodológico para explicar la evolución y cambio del sistema legal y las decisiones que las personas toman frente a un cambio en una regla legal, muchos autores de la EAE inspirados en Hayek podrían insistir en que las personas no sólo toman decisiones para incrementar su bienestar sino que también son seguidores de reglas exitosas, aquellas que han permitido prosperar a los grupos que las han adoptado. O bien que las reglas legales (y ambas metas están claramente relacionadas) permiten lograr mejor coordinación social en particular transmitiendo información y conocimiento local no disponible para los actores individualmente considerados. Aun cuando actualmente en la economía tradicional hay muchos autores que emplean modelos donde se asume que los individuos toman decisiones adoptando

reglas exitosas, no es muy claro (y ese es un trabajo que excede el presente) hasta qué punto hay compatibilidad central en la explicación del derecho del tipo Hayek y estos modelos que atenúan el nivel de racionalidad de los actores y los suponen seguidores de reglas exitosas, relajando los supuestos clásicos de individualismo y racionalidad de la teoría económica en su versión más estándar.¹³

Esa diferente visión del derecho puede generar divergencias en el plano normativo entre un tipo ideal del economista del derecho y un seguidor de la EAE influenciado por los trabajos de Hayek. Mientras el primero puede abordar el sistema legal desde un enfoque más racionalista y en el extremo sugerir que los jueces deben tomar decisiones para incrementar el bienestar o la riqueza o alguna meta usual del sistema legal, un austríaco podría insistir en una visión menos racionalista y constructivista por parte del juez, con la idea de que éste debe mantener las reglas que permiten el orden social, empleando las herramientas legales tradicionales que han sobrevivido al paso del tiempo. La idea central es que el derecho común constituye un sistema descentralizado de toma de decisiones donde las personas eligen las reglas legales y donde éstas cambian gradualmente permitiendo mejores adaptaciones según los contextos y cambios históricos. Pero creo que esa diferencia de mirada debería tener más impacto a nivel normativo o a nivel explicativo general del sistema legal, y no a fines de examen o análisis de funciones de partes particulares o institutos del derecho. Uno podría pensar que una cosa es mirar el gran cuadro del sistema legal y otra describir las funciones de un instituto legal en particular, o bien examinar los incentivos y evaluar las consecuencias probables que el mismo tiene en las interacciones sociales.

Aun cuando dentro de la AED hay gran variedad de posiciones y, en general, la mayor parte de los economistas del derecho limitan sus trabajos al campo positivo de la teoría, puede ser de utilidad comparar brevemente al Juez Posner y Hayek.¹⁴ Hay en ambos autores una diferencia fuerte respecto del problema del conocimiento e información que tiene implicancias en la manera en la cual ambos explican el derecho: mientras Posner parece sugerir a veces que los jueces podrían tener la información necesaria para tomar

decisiones en términos a la eficiencia, una visión del derecho del tipo Hayek probablemente ponga insistencia en los problemas que el juez enfrenta, aun si la eficiencia fuese una meta, para obtener esa información, en particular respecto del conocimiento tácito a veces imposible de articular en términos precisos, que el orden espontáneo del derecho sí lograría capturar.

Mientras para Posner, en general, salvo cuando no tiene buena información en la cual recomienda seguir el precedente, el juez debe mirar al futuro para establecer correctos incentivos en los decidores racionales, un Juez del tipo Hayek pondría mayor énfasis en los arreglos sociales decantados por la experiencia no intencionada de las sociedad y por lo tanto, algo más intuitivo para la tarea judicial, una mirada más orientada al pasado. Mientras este último intentaría preservar el orden restableciendo las razonables expectativas de las partes en litigio, un juez del AED, aun cuando en muchos casos tendría diferentes pero buenas razones para hacer lo mismo, podría o debería estar más inclinado a mejorar el orden legal sobre la base del criterio de eficiencia o incrementando algún valor usual del sistema legal apelando a modelos basados en teoría económica.¹⁵

El examen de algunos trabajos normativos de Posner muestran que éste cree que los jueces deben tomar decisiones para incrementar determinados resultados sociales valiosos, en particular la maximización de la riqueza social,¹⁶ mientras que un autor típico de la EAE podría, por influencia de Hayek, insistir en la naturaleza de orden espontáneo del sistema legal. Mientras para Posner el derecho tiene por finalidad, aun cuando no necesariamente consciente por parte de los actores, incrementar la riqueza social, para autores de la EAE que adoptan esta frecuente mirada del derecho, el sistema legal tendría por finalidad mantener el orden espontáneo en la sociedad.¹⁷

Un juez del tipo Hayek, probablemente, tomaría decisiones en términos conservadores respecto del orden social, y reforzaría las expectativas sociales creadas por la ley, mientras que un juez del tipo AED, paradigmático en la versión Posner, tomaría decisiones con la finalidad de incrementar la riqueza social o la utilidad. Aun cuando en muchos casos ésta se incremente manteniendo el orden social.

Existe una diferencia importante en la concepción del conocimiento e información que se supone en los jueces. Probablemente un juez del tipo de Posner tendría más confianza en la capacidad del tribunal de conocer cuál es la regla que mejora a la sociedad en términos de eficiencia. Pero si la meta es la coordinación social y contar con mejor conocimiento para tomar decisiones en contextos sociales, un juez del tipo Hayek podría insistir en la necesaria falta de conocimiento e información del juez para “mejorar” el sistema legal, un orden espontáneo evolutivo que, como el lenguaje, contiene información dispersa y tácita no fácilmente articularle o accesible a actores individuales.

Se ha sugerido, en lo que creo es una versión demasiado extrema del argumento, que los mismos límites que enfrenta el planificador central para asignar recursos son los que afectan la capacidad de los jueces para tomar decisiones correctas, si la eficiencia fuese una meta o finalidad declarada y aceptada del sistema legal.¹⁸ Pero esto podría tener sentido a la luz de la concepción más subjetiva del problema económico que adopta Hayek, para quien el problema económico no consiste en cómo asignar mejor los recursos, sino cómo emplear los recursos conocidos por los miembros de la comunidad para usos que ellos sólo conocen (Hayek, 1945). Para Hayek el derecho constituye otra especie de orden espontáneo y por tanto son las reglas evolutivamente generadas y las correspondientes expectativas de los privados la mejor guía para lograr una mejor coordinación de planes individuales.

La finalidad del derecho es que las personas coordinen expectativas de modo exitoso y son las personas las que cuentan con mejor información que el juez y el legislador. Un juez estilo Hayek debería examinar cuáles pretensiones o expectativas son legítimas y cuáles reglas mantienen el orden normativo más general que hace posible la coordinación entre planes individuales sobre la base de reglas abstractas que no contienen finalidades específicas. El derecho, más que promover una meta específica como el incremento del bienestar en sentido estricto, persigue que las personas tengan mejor conocimiento para tomar decisiones más consistentes con las expectativas de los demás, en un contexto de reglas que contienen mucha más información y conocimiento del que puede obtener validamente un juez.¹⁹

Desde este punto de vista no es claro que el juez logre obtener buena información para “mejorar” la ley, en tanto ésta supone un sistema espontáneo de normatividad enmarcada en otros sistemas de normatividad más generales que el juez no puede conocer. En casos difíciles, el juez debe emplear cierta lógica situacional para encontrar la mejor regla que satisface las expectativas de las partes en litigio y no mejorar el derecho en términos externos a la ley, como la eficiencia en la concepción más estrecha propia del enfoque neoclásico (Hayek, 1977:114-6).

Un juez del AED probablemente estaría más interesado en mejorar la ley en términos del criterio de eficiencia, aun cuando no subestimaría la influencia que la tesis de la mayor eficiencia del derecho común puede o podría tener en un analista típico de AED, adecuadamente consciente de las limitaciones de información y las ventajas del mismo sistema para elegir reglas eficiencia.

Sin embargo, un punto en común es la preferencia de ambos enfoques por un sistema de derecho basado en la jurisprudencia y la costumbre (Stordeur y Ramos Mejía, 2005). Algunos trabajos del AED muestran la eficiencia del derecho común como un proceso de mano invisible y sería interesante examinar el grado de compatibilidad entre ambas explicaciones. En general estos modelos formales muestran que las reglas que favorecen la cooperación tienden a desplazar a las reglas ineficientes en los tribunales, como una consecuencia no intencionada de los jueces y las partes. En general, las partes tienen buenos incentivos para elegir reglas que incrementan el excedente o bienestar de las mismas; litigar reglas ineficientes es más costoso que litigar reglas eficientes (Rubin, 1977; Priest, 1977). También sería interesante examinar la compatibilidad entre estos trabajos y una visión del tipo Hayek del sistema legal, donde quizás sea posible encontrar aspectos en común y dotar de un contenido analítico más preciso y riguroso las algo imprecisas explicaciones de la evolución del derecho de este autor. Mi impresión es que muchas de las herramientas analíticas de la economía tradicional y de juegos (en particular en su versión evolutiva que usualmente destacan problemas de información y hacen que los jugadores copien reglas exitosas) podrían contribuir con esta tarea y al mismo tiempo establecer las condiciones

en las cuales el orden espontáneo permite buenos resultados, sea en términos de eficiencia convencional o de coordinación de planes y expectativas, algo que usualmente está presente también en los autores del AED y de juegos aplicado a las instituciones legales. Mi intuición es que las personas seriamente interesadas en cómo funcionan los procesos de mano invisible en el derecho, deberían estar seriamente interesadas en las explicaciones que ofrece el AED y la teoría de los juegos en su versión evolutiva, aun cuando eventualmente no haya compatibilidad completa entre los presupuestos de análisis de ambos enfoques.

Funciones económicas del derecho de los contratos y la Escuela Austríaca de economía

Derecho de los contratos y la expansión de los mercados

El enfoque económico del derecho ha enfatizado que una de las funciones centrales del derecho de los contratos es incrementar la cooperación social facilitando los intercambios de mercado.²⁰ Esta explicación central del derecho contractual no sólo es consistente con buena parte de algunas de las más clásicas explicaciones de las funciones del derecho de propiedad en autores de la EAE, sino que además ésta podría agregar algunas explicaciones interesantes para una economía del derecho de los contratos, particularmente apelando a la idea de imposibilidad del cálculo económico planificado y la importancia de la actividad empresarial en el proceso de mercado y en la creación de reglas legales. Voy a comentar brevemente el modo en el cual el derecho de los contratos facilita la cooperación social, fundamentalmente por medio de los mercados, para luego sugerir algunos aportes posibles de la EAE en este campo de investigaciones.

El derecho de los contratos consiste centralmente en una serie de reglas que (a) establecen qué convenios pueden ser ejecutados por ley y (b) cuáles son las sanciones para el caso de incumplimiento (aun cuando también ofrecen otros importantes servicios como la reducción del costo de las transacciones

y la regulación de convenios incompletos o con problemas de formación y ejecución). Cuando el derecho de los contratos coloca una sanción por incumplimiento establece un precio por incumplir convenios que induce a las partes contratantes a incrementar el nivel de cumplimiento de los convenios respecto de un estado del mundo donde no hay sanciones por incumplimiento. Una idea central del AED es que las personas responden, no exclusivamente pero sí de manera importante, a cambios en estos precios, de modo tal que (por ejemplo) cuando la sanción por incumplimiento es más grande y probable, mayor deben ser los incentivos para cumplir con las prestaciones.

Los autores de la EAE han sido explícitos en su reconocimiento de que cambios en los precios de mercado incentivan a las personas a tomar decisiones de una manera que puede ser explicada por la teoría económica. El enfoque económico del derecho de los contratos sólo requiere que el analista de la EAE admita que las sanciones, en el caso monetarias, tienen o deben tener en algún grado una función análoga al costo de oportunidad de no cumplir el convenio, en el sentido de que de una sanción mayor debería esperarse mayor cantidad de cumplimientos específicos de los convenios.

Los autores de la EAE no han sido demasiado explícitos acerca de una explicación particular del derecho de los contratos, lo que es natural cuando uno sólo busca una comprensión general del sistema legal. Mises, por ejemplo, cree que es la institución de la propiedad privada hace posible pasar de la competencia biológica a la cooperación social. Las personas dejan de disputar bienes escasos para emprender intercambios y decisiones que benefician a las personas en sociedad. Una extensión posible de este argumento es que el derecho de los contratos constituye también una herramienta de cooperación social. Por otra parte, la explicación evolutiva del sistema legal de Hayek y su preferencia por mecanismos evolutivos y graduales de reconocimiento de reglas que permiten mejor coordinación social es consistente con la evolución de este antiguo campo del derecho civil cuyas principales reglas, hoy vigentes, vienen del derecho romano pretoriano.

Creo que un autor típico de la EAE y otro del AED acordarían en el aspecto formal del argumento de que el derecho de los contratos promueve la cooperación social pero posiblemente tendrían diferencias en la explicación

más sustantiva de la función económica central del derecho de los contratos. Creo que acordarían que una sociedad donde la mayoría de los convenios a plazos pueden ser impunemente incumplidos, impide la existencia de compromisos creíbles, y afecta o debería afectar la extensión de los intercambios de mercado. No sólo no veo evidencia en contra para esta afirmación sino que la insistencia de Mises en la cooperación como función central del derecho de propiedad me lleva a pensar de ese modo. Pero en cualquier caso contamos con buena evidencia de que cuando no hay derechos de los contratos en sociedades complejas la extensión de la división del trabajo se resiente, limitando la extensión de los mercados y el bienestar, tanto en la concepción del AED como de la EAE.²¹

Una forma simple y práctica de examinar la necesidad económica de contar con un derecho de los contratos es apelar a la experiencia de las sociedades modernas que por diversos motivos no han contado con un sistema formal de hacer cumplir las obligaciones contractuales. Aun cuando desde luego no se han interrumpido los intercambios ni el movimiento de los mercados, la cantidad y calidad de las transacciones se han visto fenomenalmente afectadas. Es decir, el ámbito de la cooperación humana medida por la extensión de los mercados se ha visto significativamente reducido con la consiguiente ineficiencia. Puesto en otros términos, el derecho de los contratos permite que las sociedades de determinado nivel de complejidad aprovechen de modo más completo el excedente de la cooperación, es decir, que las personas obtengan mayores beneficios derivados de los intercambios. Sin un derecho de los contratos que sancione a quienes no cumplen sus obligaciones contractuales, los individuos tienen muchos incentivos para el oportunismo y la confianza en el cumplimiento de los intercambios a plazo se reciente, del mismo modo que los mercados. El derecho de los contratos tiene como finalidad general hacer más creíbles las promesas a término, generando de ese modo condiciones más favorables para los intercambios.

Un clásico trabajo de campo, por ejemplo, mostró el enorme costo en bienestar que pagaban durante la década de los '80 los asentamientos informales en los alrededores de la ciudad de Lima (Perú). Al no contar con un

sistema formal de derecho de los contratos, los informales excluidos del sistema legal formal, debían limitar las transacciones a aquellas que eran simultáneas o bien a aquellas que realizaban con miembros del mismo grupo de amigos y parientes. El ámbito de la contratación y por lo tanto de la cooperación, quedaba de esa forma extremadamente limitado. Muchos convenios hipotéticos que hubiesen permitido a las partes obtener las ventajas de la contratación quedaban de ese modo insatisfechos. El riesgo del oportunismo, simplemente, limitaba severamente el ámbito y extensión de los mercados.

Los mecanismos de intercambios que se hacían en este contexto son aquellos previsible por la teoría económica. Las personas contrataban con aquellas personas con las cuales la probabilidad futura de contratar era muy alta, de modo que la promesa de ganancias futuras hacía conveniente el cumplimiento contractual o bien tomaban costosas medidas de auto-aseguramiento como garantías personales. Los informales, además, debían muchas veces invertir enorme cantidad de tiempo y dinero para obtener información sobre la reputación de los contratantes y en muchos casos dispersaban el riesgo contratando a mayores costos con más de una persona, eliminando de esa forma las ventajas asociadas a la economía de escala. En muchos casos, además, la ausencia de contratos exigibles llevaba a costosas medidas de auto-protección y, a veces, al uso de la fuerza y la violencia privada.

Si bien en algunos casos contaban con la posibilidad de apelar a algunas organizaciones colectivas, como la asociación de ambulantes o microbuses, por ejemplo, el alcance era muy limitado en tanto estas organizaciones sólo podían actuar sobre miembros de la organización y sin las ventajas asociadas normalmente con el funcionamiento de un poder judicial establecido. No contar con sistema de derechos de contratos, en suma, supone altos costos asociados en productividad y eficiencia distributiva (de Soto *et al.*, 1987:209-215).

Creo que tanto un autor típico de la EAE como del AED pueden estar de acuerdo en que, cuando los mercados se reducen, también lo hace el bienestar, pero eso me lleva a examinar algunas posibles diferencias sustantivas en una posible explicación del derecho de los contratos de los autores de

la EAE. Mientras autores asociados con el AED, en general más proclives a pensar la eficiencia en términos de criterios de Pareto, podrían insistir en una descripción de la cooperación social basada en este criterio, creo que los autores de la EAE tiene varios argumentos disponibles, más afines a la forma de interpretar la eficiencia que usualmente emplean en sus trabajos.

De ese modo, mientras un autor típicamente neoclásico (ciertamente algo caricaturizado) diría que sin derechos de contratos no se llevan los bienes a sus mejores empleos y que no se alcanza el óptimo de Pareto (ya que hay excedentes o ganancias de la contratación disponibles no realizadas), es probable que un autor de la EAE esté más cómodo con otra descripción de las ventajas que nos ofrece el derecho de los contratos a la hora de definir la cooperación social en términos de bienestar, aun cuando no creo que esa explicación sea necesariamente demasiado contradictoria, a un nivel más fundamental, con la explicación típica de la economía normativa tradicional.

Quizás el autor típico de la EAE podría insistir en que la ausencia de promesas creíbles impide que las personas obtengan aquello que subjetivamente incrementa su utilidad, algo análogo, pero menos formal que apelar a la idea de función de utilidad o excedentes de la contratación, tan frecuente en exposiciones neoclásicas del asunto. Pero probablemente, en esta instancia, la diferencia en la justificación o explicación de esta función del derecho de los contratos más grande radique en el servicio social y no privado que tienen los intercambios para los miembros de la EAE: la consecuencia no deseada de establecer precios y prácticas que coordinan mejor las decisiones y asignar conforme el cálculo económico que permiten los precios. Los autores de la EAE podrían poner énfasis en este interesante aspecto de bien público que ofrece el derecho de los contratos. Del mismo modo que las oportunidades comerciales son descubiertas gracias al alerta de empresarios, en el campo institucional, nuevas reglas más convenientes para contratar y definir derechos de propiedad pueden ser descubiertas, con ventaja para todos, por medio de un sistema de reglas que permite a las partes obligarse legalmente.

Por otra parte, creo que ambos autores paradigmáticos (de la AED y la EAE) estarían de acuerdo en la mayor productividad social, consecuencia

de contar con un derecho de los contratos: son los convenios los instrumentos por los cuales operan los mercados que permiten la división del trabajo del trabajo que hace posible incrementar la productividad social y satisfacer de manera creciente mayores cantidades de necesidades.²² En este caso, en vez de apelar a un criterio distributivo de eficiencia, apelo a un criterio de mayor productividad conjunta o social.

Por último, es claro que la idea de cooperación social en un sentido más de coordinación de planes de vida que de logro de excedentes cooperativos en términos de los modelos de competencia perfecta, es una idea muy difundida en materia institucional entre autores de la EAE y que (al menos) es más afín o próximo al enfoque del mercado como proceso que emplean los austríacos. Otra línea de investigación que creo plausible para autores de la EAE ocupados en temas institucionales y legales es mostrar (algo que están haciendo claramente autores neoclásicos y teóricos de los juegos) el modo en el cual los intercambios y las formas de contratación permiten lidiar con problemas de información y de conocimiento, aun con independencia de la marcha del proceso de mercado basada en precios que transmiten correcta o mejor información. Es posible que en el campo institucional las personas sean también emprendedoras y descubran mejores oportunidades de contratar que revelen conocimiento e información valiosa (Kirzner, 1989). Sin embargo, creo que poco o muy poco puede ser realizado sin el empleo de técnicas más precisas y verificación empírica cualitativa de las hipótesis.

No hay motivo alguno para que un partidario de la EAE rechace estas ideas: ellos mismos se han ocupado de destacar el carácter evolutivo y la finalidad de generar cooperación social que, además de los mercados, tienen las reglas legales, un lugar común tanto en el trabajo de Hayek como en el de Mises. Si bien normalmente el problema de confianza puede ser expuesto en términos de juegos, el proponente de la EAE puede exponer el problema en forma de prosa y caracterizar los resultados ineficientes a que arriban los intercambios no forzados como situaciones donde el nivel de cooperación y coordinación social es menor en términos a las propias valoraciones subjetivas de los participantes de los mercados. En estos casos el economista de la EAE

debería decir que, sin un derecho de contratos, las personas pierden oportunidades de pasar a situaciones que subjetivamente estiman en más, algo análogo, sin embargo, a la pérdida de excedentes en términos de la teoría neoclásica.

Es interesante, en todo caso, que el mismo Mises haya justificado el derecho (en un sentido más que funcional) sobre la base de su capacidad para incrementar el bienestar de las personas, llevando a resultados donde las personas pueden obtener sus propios fines de manera coordinada y a menores costos, gracias a la mayor productividad de la división del trabajo. Esta explicación es perfectamente consistente con la habitual mirada instrumental y cooperativa del derecho de los contratos, usualmente empleada también por el enfoque económico ortodoxo propio del AED. Por otra parte, la adhesión frecuente de los partidarios de la EAE al derecho como producto de la evolución espontánea, corre en paralelo a la conocida hipótesis del AED de la mayor eficiencia del derecho común.

Mises, por ejemplo, valora las instituciones en términos de los resultados en bienestar, justifica las reglas legales sobre las que se basa la política económica apelando a la idea de la cooperación social, y refiere a ésta como un fenómeno natural (Mises, 1922 y 1959). Explica cómo ciertas reglas permiten reemplazar la competencia biológica por la cooperación social donde las personas pueden obtener mutuos beneficios. Donde la cooperación social constituye un medio para el hombre, no un fin. Es que para Mises no hay constantes en el ámbito de la acción humana, y por lo tanto no es posible efectuar mediciones ni cuantificar fenómenos sociales. Los datos, en suma, son sólo históricos, pero no pueden validar una teoría. La teoría económica debe comenzar indagando en los elementos necesariamente presentes en toda acción humana, y luego proceder deductivamente para encontrar los teoremas necesariamente válidos de la teoría económica, por medio del razonamiento deductivo (Mises, 2006:56-7,66-93). Sin embargo, las conclusiones respecto de la función central de los contratos son enteramente compatibles con las descripciones más corrientes del AED.

Autores de la EAE más influenciados por Hayek podrían insistir que el derecho de los contratos constituye una herramienta evolutiva adaptativa que permite que las personas puedan coordinar mejor sus planes de vida

contribuyendo a su vez a la formación de otras reglas abstractas que mantienen el orden social. Autores de la EAE que adoptan una mirada anarquista de la sociedad, probablemente estarían de acuerdo con esta descripción de las funciones del derecho de los contratos, aun cuando objetarían la justicia y/o necesidad que sea el Estado quien se ocupe de ejecutar y sancionar los incumplimientos contractuales. Pero esta última sería una mirada demasiado normativa para los propósitos de este trabajo.

La obligatoriedad de las promesas

Otra función central de cualquier sistema de derecho de contratos consiste en establecer cuáles promesas son obligatorias y cuáles no lo son. En este sentido, convenio y contrato no constituyen términos equivalentes: la diferencia central entre un convenio y un contrato es que este último puede ser ejecutado por ley.²³ Una primera función central del derecho de los contratos es establecer las características que hacen que las promesas sean exigibles, en el sentido de que de su incumplimiento se derive una sanción por responsabilidad contractual. Por el mismo motivo, una segunda función central consiste en establecer las sanciones para caso de incumplimiento contractual, es decir, regular la responsabilidad contractual. Naturalmente, ambas funciones generan incentivos que pueden ser examinados apelando a la teoría económica (Cooter y Ulen, 2008).

Respecto del interrogante de cuáles promesas deberían ser ejecutadas legalmente, la teoría económica tiene una muy obvia y simple recomendación normativa en línea con los criterios y herramientas analíticas más usuales. Desde el punto de vista de la eficiencia, tiene sentido que sean obligatorios todos aquellos convenios que las partes efectivamente querían que fueran obligatorios al momento de su celebración. Hay pactos que las personas hacen con la intención mutua de que sean obligatorios y ejecutables por ley, y la eficiencia requiere que la ley les confiera acciones legales contra el incumplimiento.

En otros términos, desde un punto de vista normativo, la teoría económica sugiere una amplia libertad, sin formalismo, para obligarse siempre que no

medien fallas de mercado ni problemas de racionalidad. La idea central de la teoría económica es que los contratos en general incrementan el bienestar de las personas y que éstas son mejores jueces de su propio bienestar que terceras personas, incluyendo a jueces y legisladores. La contratos, considerados *ex ante*, maximizan el bienestar de las partes contratantes, en tanto cada contratante revela por medio de sus actos que valora más el derecho sobre el bien recibido que el entregado a cambio. En suma, los intercambios son mutuamente ventajosos para las partes. Simplemente, se asume que cada contratante recibe algo que más valora, es decir, se verifica un excedente a favor de ambas partes.²⁴

La visión típica de un autor del EAE debería ser análoga a esta recomendación normativa del AED, puesto que en general los autores de la primera tradición adoptan un criterio muy amplio de recepción de acuerdos privados para regular la vida social. El proponente de la EAE puede argumentar que simplemente los convenios llevan a estados que son subjetivamente más valorados por las partes, y que además permiten mejor coordinación generando señales para que los mercados operen en dirección al equilibrio. En otros términos, pueden afirmar que éstos no sólo mejoran a las partes sino además al bienestar de las demás personas que conforman la sociedad en tanto (como consecuencia no intencional de sus decisiones) revelan información y conocimiento por medio del sistema de precios que tiende a mejorar las condiciones del mercado, en término a un proceso que tiende (pero que nunca alcanza) el equilibrio.

Un autor típico de la EAE además podría enfatizar la capacidad de las reglas contractuales para revelar información y conocimiento disperso con independencia del sistema precios y los incentivos que las personas tienen para descubrir nuevos arreglos contractuales que faciliten la cooperación, en línea con su conocido argumento sobre la importancia de la función empresarial, que puede emplearse también en el campo institucional y que podría llenar el vacío explicativo en la descripción del orden institucional espontáneo de Hayek. Un desarrollo de este tipo sería consistente con algunas de las explicaciones más frecuentes acerca de la eficiencia del derecho de base jurisprudencial trabajada por autores del AED.

Con independencia del argumento anterior, autores influenciados por la explicación de Hayek sobre el derecho deberían enfatizar que son las partes las que disponen de mejor conocimiento contextual y las que pueden mejor que terceras personas ajustar sus propias expectativas. Creo que empleando algunas herramientas simples del AED podrían asimismo mostrar el modo en el cual los contratos logran esta meta. Aun cuando muchos autores de la EAE podrían objetar el empleo de matemáticas y modelos de teoría de juegos frecuentes en estas aplicaciones, algunas de estas funciones –como la dispersión del riesgo, la revelación de información y otras– podrían ser expuestas en términos de prosa, siempre que el analista en cuestión insista que la prosa es más conveniente que el uso de modelos formales, o que éstos desnaturalizan seriamente el razonamiento económico.

Es llamativo inferir que tanto el AED ortodoxo como la mirada hipotética (que aquí intento) de la EAE, debieran juzgar más plausible la regla usual en la tradición jurídica europea continental que la regla de validez de contratos en la tradición del derecho común. De hecho, muchos autores de ambas visiones de la economía han juzgado las reglas evolutivas y dinámicas de los tribunales como superiores (en eficiencia o coordinación social) a las reglas escritas de la tradición continental. El motivo, en este caso, es que la tradición europea continental es producto de la evolución y no del diseño legislativo; sin embargo, lo mismo sucede con la tradición del derecho común, que también es un producto jurisprudencial.

En los países con tradición legal europea continental en general se establece una regla muy amplia inicial de contratación que define al contrato en términos muy generales, como un pacto por el cual una o varias personas se obligan a cumplir con una prestación consistente en dar, hacer o no hacer una cosa.²⁵ En general, la ley sólo establece límites relativos a la capacidad de las personas (menores e insanos) y de contenido por el cual los mismos códigos establecen que las prestaciones no puede ser, de una manera algo general, contrarias a la ley, a la moral y a las buenas costumbres. Otra regla usual es la limitación de sus efectos a las partes, con excepción de herederos o terceros favorecidos que deben aceptar el convenio para darle fuerza de ley.

El derecho civil de corte continental europeo, en un sentido más preciso, apela a la teoría de la “formación del contrato”, la cual dispone que la obligatoriedad resulta del mutuo consentimiento derivado una “oferta” y una “aceptación” (Alterini, 1998:15). El derecho pide, en suma que el acuerdo de partes sea resultado de una negociación con manifestación de voluntad de obligarse de las partes. La doctrina y jurisprudencia han elaborado reglas y presunciones muy sutiles para establecer cuando concurren estos elementos, los que determinan la obligatoriedad de las promesas. El derecho argentino, en línea con esta tradición define al contrato de la siguiente manera: “Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos” (Código Civil argentino, Art. 1137).

La tradición angloamericana difiere con la tradición continental europea, en tanto exige algo más que la “oferta” y la “aceptación”. Pide además un tercer elemento, la “consideración”, que exige la existencia de contraprestaciones (Fuller, 1941). Es decir esta regla pide exige contraprestaciones de manera tal que ambas partes obtengan beneficio del convenio. De ese modo, convenios con prestaciones unilaterales, como las donaciones en su forma más típica, por ejemplo, no pueden ser ejecutados por ley, conforme el requisito de la consideración. Una solución normativa es tan estrecha y poco plausible que en la práctica los tribunales han dejado de requerir la “consideración” para varios convenios, excepciones en general denominadas *past consideration* (Posner, 1977:411ss).

Lon Fuller en un clásico artículo de 1941 ilustra sobre el peso de la consideración en el derecho americano de mediados del siglo XX. La típica promesa legalmente ejecutable era aquella en la que hay intercambio de prestaciones, siendo el arquetipo el clásico intercambio comercial de los negocios, donde el beneficio de uno está compensado por el beneficio del otro. Cuanto más lejos un convenio de este arquetipo de relación con mutuas ganancias, menos plausible y probable era la ejecución forzada de una promesa.²⁶

De ese modo la obligación contractual más evidente y ejecutable es aquella donde de hecho, luego del acuerdo de voluntades en todas sus formas,

una de las partes ha transferido propiedad a la otra, caso en el cual sin la contraprestación hay un evidente enriquecimiento injusto para una de las partes, donde la transacción supone “intercambio de valores económicos” conforme el arquetipo de convenio válido legalmente en esta tradición.²⁷

Esta idea central del enfoque económico, sugiere que todas aquellas negociaciones que las partes deseaban que fueran obligatorias al momento de la constitución del convenio deben ser obligatorias, en tanto de ese modo se incrementa el bienestar de las partes contratantes (Cooter y Ulen, 2008:241). Una regla general y amplia de aceptación de promesas obligatorias debería ser aceptada por ambas visiones en tanto permite mayor excedente / bienestar, o (metas que no son contradictorias) permite mejorar la coordinación social y expandir los mercados intensificando la división del trabajo.

Sanciones y eficiencia

Una vez establecidas qué promesas son obligatorias, el derecho de los contratos establece qué sanciones deben aplicarse para casos de incumplimiento. Esta responsabilidad civil contractual es objetiva o estricta en tanto el demandado no puede, como sucede en importantes áreas del derecho de daños, oponer como eximente de responsabilidad el argumento legal de que ha adoptado determinados niveles de cuidado para cumplir el convenio. En materia de contratos, la ausencia de negligencia no constituye, en la generalidad de los casos, una defensa admisible para una demanda de responsabilidad contractual. De modo que, en la generalidad de los casos, una vez que opera un caso de incumplimiento contractual, el sistema establece sanciones por incumplimiento.

Los sistemas legales, en este sentido, establecen distintas sanciones por incumplimiento, que van desde diversas formas de indemnizaciones monetarias, el cumplimiento de la prestación o bien la restitución de las prestaciones. Cada una de estas sanciones, y el modo de administrarlas, tiene incidencia en la conducta de las partes, en tanto operan como si fuesen precios que afectan sus decisiones en materia contractual. La responsabilidad contractual, por otra parte, en general se limita sólo a los daños monetarios de las víctimas

y a los daños que son previsibles. Los tribunales en general son conservadores en la estimación de la extensión del daño.

La asunción básica es que estas sanciones operan como precios a los cuales los operadores responden de una manera determinada, en tanto su búsqueda de maximizar las ganancias o (para el caso austríaco) el valor en términos subjetivos. La hipótesis de la maximización de la utilidad adquiere en el caso un empleo muy preciso: la teoría asume que las personas van a cumplir sus contratos cuando el beneficio sea mayor que sus costos y que, por el contrario, van a incumplir sus obligaciones cuando el costo sea mayor que el beneficio. El analista de la EAE no tiene motivos para ser tan preciso, pero puede llegar a la misma conclusión por otro lado: simplemente afirmando que cuando hay un cambio en la relación de valores entre cumplir y no cumplir que en tanto se hace más barato la última la predicción de tendencia sugiere que (en ese caso) deberíamos esperar mayor cantidad de incumplimientos.²⁸ Las sanciones en este caso son monetarias y un economista de la EAE no tiene motivos para suponer que las personas no se toman en serio los incentivos monetarios en contextos no estrictamente mercantiles. Del mismo modo que un incremento en el precio del tomate les lleva a predecir, como tendencia, que las personas tenderán a demandar menor cantidad de tomates, un precio mayor o menor por cumplir contratos debería llevarlos también a iguales conclusiones, aun cuando no hayan empleado la economía al campo legal con ese nivel de detalle.

La idea general en AED es que las personas responden a estas sanciones del mismo modo como responden a los precios. Es decir, entre otros efectos, la teoría establece una relación inversa entre el cumplimiento de los contratos y la gravedad de las sanciones por incumplimiento, y establece que cuando las sanciones por incumplir contratos son mayores, las partes tienen más incentivos para cumplir convenios que cuando ellas son menos severas. No veo el modo consistente en el cual un teórico de la EAE pueda negar que la ley impone costos monetarios que funcionan “como” precios en materia de cumplimiento contractual, en tanto su énfasis en que las personas se toman en serio los precios, y que (además) lo hacen en muchos ámbitos no mercantiles de la vida social. Sin embargo, podría haber razonables

diferencias respecto de cuáles convenios son válidos en casos difíciles, tema que voy a examinar más adelante.

Las sanciones por incumplimiento como precios

Los sistemas legales establecen diversas sanciones por incumplimiento contractual que pueden ser examinadas como precios por incumplimiento, tales como el pago de una indemnización, el cumplimiento de la prestación o la restitución de las prestaciones y el pago de los gastos previos a la contratación.²⁹ El enfoque económico del derecho (en su forma ortodoxa) examina los incentivos que cada uno de estos sistemas establece en las decisiones de las partes contratantes, asimilándolas a precios por incumplir.

A los fines de examinar la compatibilidad de esta descripción de la conducta de las partes frente a una sanción por incumplimiento, es indiferente si llamamos efectivamente precio al costo que el Estado impone por incumplimiento: lo central es que estos costos deberían tener incidencia previsible en la conducta de las partes, de modo análogo al modo en el cual lo tiene los precios de mercado: cuando mayor es la sanción mayor debería ser la propensión de las personas a cumplir los convenios en forma específica y (por lo mismo) a una sanción más leve se debería seguir una mayor propensión al incumplimiento de los contratos. La suposición es que las personas quieren maximizar sus resultados en contextos contractuales del mismo que lo hacen en mercados convencionales, y no hay ningún motivo consistente por el cual un economista de la EAE debería objetar esta predicción (aunque tan sólo sea una usual predicción de tendencia, frecuente en sus descripciones).

Sin embargo, el enfoque normativo, es decir la pregunta por cuál es la sanción más conveniente desde la eficiencia, podría dividir las aguas entre el enfoque económico ortodoxo y la EAE. En general, las diversas tradiciones legales difieren en el tipo de sanción por incumplimiento. El derecho común americano, en general, establece el pago de daños “en expectativa” que obliga a indemnizar a la víctima de un incumplimiento contractual de modo tal que deje a éste en igual posición que si el contrato hubiese sido efectivamente cumplido.

En cambio, la regla dominante en el derecho de tradición europea continental, para la generalidad de los casos, establece el cumplimiento específico cuando esta es posible, o bien la elección (entre esta o el pago de una indemnización sustitutiva) al acreedor, tal como en el caso del derecho argentino. El derecho francés, por ejemplo, distingue entre obligaciones de “dar” y obligaciones de “hacer”, estableciendo el cumplimiento específico para el primer caso y el pago de danos para los servicios.³⁰

Mientras, en general y tomando la literatura solo en sus aspectos más generales, buena parte de los teóricos del AED consideran que el pago de una indemnización sustitutiva es la solución más eficiente, probablemente un autor afiliado a la EAE, dada la conocida insistencia de este enfoque en la subjetividad de las preferencias, debería o podría dar prioridad al cumplimiento específico de la prestación.

Una idea muy extendida en economía de los contratos, que puede ser poco intuitiva para algunos proponentes o seguidores de la EAE, es que en muchos casos puede ser eficiente y deseable que se incumpla un contrato dependiendo de los costos y beneficios. El argumento sugiere que solo aquellos contratos eficientes, en el sentido de que llevan a una mejor asignación de los recursos, deben ser cumplidos en especie y no aquellos de los que se siguen asignaciones no eficientes. En otros términos, la eficiencia sugiere la conveniencia de establecer sanciones por incumplimiento de modo tal que solo se cumplan aquellos contratos cuyo costo de cumplir sea menor que el beneficio que obtiene el acreedor. De ese modo, la eficiencia en su versión ortodoxa, requiere que se cumplan en forma específica solo aquellos contratos en los cuales el costo del deudor es menor que el beneficio del acreedor. Cuando, por el contrario, el beneficio del acreedor es menor que el costo del deudor, ambas partes pueden mejorar su situación si la ley obliga al deudor a pagar daños que compensen “perfectamente” al deudor e incumpla en forma específica con la prestación. Supongamos que el Sr. “A” se ha comprometido a entregar a “B” un bien “X” para una fecha determinada por un precio en dinero. El costo esperado de producir “X” para “A” es igual a \$100 y el precio pactado es de \$130. De modo que “A” espera obtener una ganancias de \$30. Dado el empleo del bien por parte de “B”, su ganancia

esperada del convenio es de \$150. Es decir, el espera ganar \$150 del convenio. En otros términos, “B” esta indiferente entre el cumplimiento del convenio y \$150. Supongamos que “B” ha recibido el dinero y que solo esta pendiente la entrega de “X” en la fecha pactada. Durante el transcurso del tiempo pueden incrementarse los costos de producir el bien “X”. Supongamos que el costo de producir el bien se ha incrementado al doble. En ese caso el costo de cumplir del deudor de \$200, de modo que le significa una perdida de \$50 mientras que solo reporta una ganancia de \$30 para el comprador. En este caso el costo del convenio es mayor a su beneficio y una sanción eficiente debería desalentar el cumplimiento en especie del contrato.

La sanción más eficiente es obligar a la parte que incumple a que internalice completamente el costo del incumplimiento, es decir, establecer una compensación o “danos en expectativa” (como se le llama en el derecho americano) que deje a “B” en igual situación que si se hubiese cumplido el convenio. En este sentido, un pago de expectativas que compense “perfectamente” al acreedor, deja a este en igual estado que si el convenio se hubiese cumplido y el deudor mejora su nivel de utilidad. Implica, además, que los recursos quedan disponibles para usos más eficiente que la producción del bien X. Por ese motivo, muchos autores consideran que la sanción más eficiente, es el pago de daños en expectativa del derecho común americano que manda a dejar al acreedor en iguales condiciones del cumplimiento del contrato.

Supongo que muchos autores de la AED afirmarían que los contratos constituyen el mecanismo legal por el cual operan principalmente los mercados y permiten que los bienes y servicios se asignen en sus empleos más valiosos o más valorados. Un sistema legal que permite que las personas se liberen de cumplir los contratos en sentido estricto pagando danos cuando el costo de cumplir es mayor que el beneficio que se sigue del cumplimiento para el acreedor, permite que los recursos se asignen en sus usos que reportan mayor bienestar a las personas, medidas en que ellas están dispuesta a pagar. Simplemente las mismás partes no celebrarían el contrato bajo las nuevas condiciones y quedan disponibles otros usos más valiosos para el bien objeto del contrato.³¹

Sin embargo, un economista de la EAE podría insistir que las valorizaciones son subjetivas y que los jueces deben mandar (por ese motivo) a cumplir las prestaciones tal y como las partes han oportunamente acordado, con independencia de la mejor asignación (medida en dinero) de los bienes y servicios. Esto sería además consistente con la explicación de Hayek de la finalidad de orden del sistema legal y la función de los jueces relativa a mantener las expectativas de las partes al momento de la contratación. Esto, creo, sería consistente con la insistencia de la EAE con la subjetividad de las preferencias, tomadas en serio. Sin embargo, la literatura de la AED, tanto como la jurisprudencia, han hecho distinciones que acercan las conclusiones normativas del enfoque ortodoxo a la (hipotética) de la Escuela de Viena.

También la eficiencia en el sentido de Pareto, requiere que los tribunales sean capaces de encontrar de modo próximo o adecuado el pago de danos “perfecto” y en algunos casos la información relevante puede no estar disponible para los jueces. En algunos casos, sin embargo, esta solución normativa es de relativamente fácil aplicación, en particular cuando se trata de bienes que están disponibles en el mercado. Si el Sr. A arregla que entregara 100 unidades de X a un precio de \$10 la unidad y consecuencia del incumplimiento B debe pagar un mayor valor por unidad, se cumple con la “compensación perfecta” mandando al deudor a pagar la diferencia de precio multiplicada por la cantidad. Si el costo por unidad que enfrentaba el Sr. A era, por ejemplo de \$24 por unidad, es evidente que un pago de danos por expectativa satisface la condición de eficiencia.

Pero en muchos casos la información para establecer “compensaciones perfectas” no está disponible o es muy costosa. Hay costos no fácilmente verificables y en muchos casos no es fácil establecer una indemnización adecuada y una indemnización menor al costo del efecto externo tiende a generar incumplimientos ineficientes, donde el costo de cumplir del deudor es menor que el beneficio que el acreedor obtiene del contrato. Por igual motivo, indemnizaciones por arriba del costo externo generan incentivos para que se cumplan convenios en condiciones ineficientes.

De modo que, en principio, en aquellos casos donde la información está disponible los danos en expectativa satisfacen la eficiencia en tanto

mandan a la parte incumplidora a internalizar de modo completo el costo social derivado del incumplimiento contractual. Los tribunales, además, solo deben informarse respecto de los beneficios derivados del convenio para el acreedor y no de los respectivos costos de producción o de oportunidad del deudor, en tanto este tiene incentivos para revelar su preferencia y actuar de modo eficiente en todos los casos donde el pago sea igual al daño en expectativa, es decir, igual a la diferencia entre el valor neto del cumplimiento y la ausencia de contrato. Es decir, el Tribunal no necesita conocer las preferencias del deudor que simplemente toma la sanción como un precio y toma la decisión que asigna mejor el bien.

Aun cuando los daños en expectativa desde un punto de vista analítico constituye para la mayoría de los casos la regla eficiente, en muchos casos la regla del cumplimiento eficiente puede ganar atractivo. Los casos de incumplimiento contractual, a diferencia de los casos de accidentes, normalmente operan en contextos de bajos costos de transacción lo que genera una inicial presunción a favor de una mínima o menor ingerencia de los Tribunales en la resolución de las disputas. Son las partes las que podrían encontrar una solución más eficiente que los tribunales en tanto cuentan con mejor información que los jueces. En contexto de bajo costos de transacción, una regla de cumplimiento específico genera incentivos para que el deudor negocie con el acreedor una solución tendiente a la eficiencia, en tanto este debería aceptar cualquier precio que le deje indiferente respecto del cumplimiento cuando este es más costoso para el deudor.

Cuando los costos de las transacciones son bajos el cumplimiento específico puede ganar en atractivo, en tanto las partes pueden negociar una solución eficiente al incumplimiento contractual. Si el costo del deudor es más alto que el beneficio del acreedor siempre este puede ofrecer un pago en compensación que deje a este mejor que el cumplimiento de la prestación ahorrándose la diferencia de los mayores costos del cumplimiento específico. De ese modo es posible que las partes adopten un arreglo o acuerdo eficiente.

Aun cuando es posible que esta regla, para los casos en que cumplir sea muy costoso para el deudor, genere incentivos para conductas oportunistas por parte del acreedor quien podría eventualmente forzar arreglos que, aunque

convenientes para el deudor, estén mucho más allá de la sanción optima. En este caso los bienes se asignan de modo eficiente pero hay consecuencias distributivas importantes.

Otra ventaja evidente de la regla de cumplimiento específico es la disminución de los costos de litigio en tanto los Tribunales no deben asumir costos para establecer el valor que la prestación tiene para el acreedor y debe, simplemente, mandar a ejecutar la prestación, lo que no requiere costos de información adicionales. De ese modo, cuando los costos de establecer el pago “perfecto” por daños en expectativa son considerables esta solución gana indudable atractivo. Muchas veces las prestaciones son únicas o no cuentan con sustitutos próximos en los mercados o bien hay indicios de alta valoración subjetiva de los contratantes, casos en los cuales establecer un pago en dinero que deje indiferente al acreedor constituye una meta impracticable por los Tribunales.³²

El cumplimiento de la prestación supone la ejecución forzosa de la prestación por parte de los Tribunales y solo puede emplearse cuando no conlleva el uso de la fuerza sobre las personas. Tiene la ventaja de que requiere de menos información por parte de los Tribunales, en tanto su ejecución no depende del valor que tiene la promesa para el acreedor. De todas formas tanto el sistema de derecho común americano como el derecho de tradición europea continental emplean esta solución para casos donde las prestaciones no cuentan con sustitutos próximos de modo que es difícil establecer la compensación adecuada. De modo que, en general, no deberían existir diferencias normativas grandes entre el enfoque del AED y el EAE en esta materia, un en temás normativos.

Derecho de los Contratos, Reglas Supletorias y Costos de Transacción

La existencia de reglas supletorias que se aplican de modo relativamente uniforme para casos de disputas contractuales tiene enorme ventaja social, en tanto reduce los costos de las transacciones y genera incentivos para eliminar disputas en torno al cumplimiento de las prestaciones. Contratar constituye una actividad costosa. En un mundo de cero costos de transacción y

derechos de propiedad bien definidos las partes podrían redactar un “contrato perfecto” en el cual establezcan quien debe hacerse cargo de todas las contingencias y riesgos asociados a la contratación. Es decir, entre que se celebra un contrato y las prestaciones deben cumplirse pueden ocurrir un sinnúmero de contingencias que afecten el cumplimiento de los contratos. Estas contingencias imponen costos a las partes y estas, bajo el supuesto de cero costos de transacción, asignarían los riesgos de modo tal del incrementar al máximo los beneficios conjuntos de la contratación, asignando los riesgos a aquella parte que puede hacerse cargo de estos a menores costos.

Un simple ejemplo de una compraventa puede aclarar el asunto. Imaginemos que el Sr. A vende a término un bien X al Sr. B y el punto de negociación es quien se hace cargo de la contingencia Y. El vendedor, en el ejemplo está dispuesto a vender el bien X desde \$100 y el comprador a pagar hasta \$200. El precio se establece a \$150 de modo que ambos obtienen un “excedente” individual de \$50 y un “excedente conjunto de \$100. Sin embargo las partes deben hacerse cargo de la contingencia “Y” que de ocurrir impide o afecta el cumplimiento del contrato. Si el comprador, por ejemplo, puede eliminar el riesgo “Y” a \$10 y el vendedor a \$20, conviene a ambas partes que se haga cargo del riesgo, por ejemplo de defecto del producto, el vendedor, puesto que de ese modo maximizar el excedente de la contratación. En efecto, si el comprador se hace cargo del riesgo descuenta del precio \$20, mientras que si el vendedor se hace cargo del riesgo, incrementa el precio en \$10. A ambas partes conviene, en tanto de ese modo hay más excedente o ganancias conjunta de la transacción que sea el vendedor quien se haga cargo del riesgo “Y”. Si se hace cargo el comprador el excedente de la contratación queda en \$80 mientras que en el caso del vendedor la ganancia conjunta se incrementa, en el ejemplo, a \$90.

En otros términos, el mayor precio que coloca el vendedor por hacerse cargo del riesgo es simplemente menor que el descuento del precio que introduciría el comprador por hacerse cargo del mismo y, si son racionales, ambas partes convendrían en la conveniencia mutua de que el riesgo sea contractualmente asignado a la parte que puede hacerse cargo del riesgo a menores costos.³³

El “contrato perfecto”, desde luego, constituye solo una herramienta analítica y no una descripción del modo en el cual las partes en los hechos arreglan sus convenios a termino. Un contrato perfecto supone que en tanto la ausencia completa de costos de transacción, las partes están en capacidad de listar todas las contingencias que pueden afectar el efectivo cumplimiento de las prestaciones y asignar cada una de ellas a la parte que puede hacerse cargo del riesgo a menores costos, maximizando de ese modo el excedente derivado de la contratación.

Pero el problema es que en el mundo real los costos de las transacciones son positivos y establecer cláusulas que asignen el riesgo constituye una actividad costosa. Por ese motivo aun personas racionales perfectamente informadas dejarían lagunas de contratación siempre que la introducción de una cláusula sea más costosa que su ocurrencia probable. En términos algo más precisos, individuos perfectamente racionales solo introducirían cláusulas en los casos en los cuales el costo de hacerlo es menor que la probabilidad de ocurrencia de la contingencia que afecta el cumplimiento del convenio multiplicada la cuantía esperada de la misma. Eventos que tiene poca probabilidad de ocurrencia o bien cuya cuantía esperada es muy baja respecto del monto del convenio, normalmente no son cubiertos por las partes en sus contrataciones. En muchos casos, además, las partes en general no están perfectamente informadas y en muchos casos una parte conoce muchos más que otra respecto de una contingencia. Por otra parte, como se ha comentado, en muchos contextos las partes confían en los mismos incentivos de la reputación y ganancia futura que genera buenos incentivos para cumplir de manera adecuada. Las partes, de ese modo, tienen buenos incentivos para dejar lagunas en la contratación a los fines de disminuir los costos de las transacciones.

El derecho de los contratos, en suma, contribuye a bajar los costos de las transacciones. Un ejemplo puede contribuir a la mejor comprensión de este concepto. Las personas usan documentos y cheques con suma frecuencia para sus transacciones, del mismo modo que efectúan múltiples transacciones bancarias sobre la base de contratos que tienen con los bancos. En general solo algunas simples leyendas en estos documentos bastan para asegurar el

tráfico de manera adecuada en estos casos, pero ello gracias a los varios volúmenes de sofisticadas reglas respaldan estas transacciones y que liberan a las partes de los costos de las transacciones. Es decir el derecho de los contratos permite que las personas ahorren enorme cantidad de costos de transacciones haciendo operaciones a singulares menores costos que si tuviesen que acordar completamente el significado y alcance de cada transacciones. Muchas veces, por ejemplo, un solo termino como “capacidad de contratar” permite referir a cientos de reglas y principios acumulados que permiten dar contenido al convenio a muy bajos costos.³⁴

De modo que una función central del derecho de los contratos es disminuir los costos de las transacciones introduciendo reglas supletorias para casos de incumplimiento contractual. Si las reglas son eficientes, es decir replican de manera adecuada aquellas que idealmente habrían sido elegidas por las parte en contextos de bajos costos de transacción, eliminan sustancialmente la necesidad de que estas ingresen en costosas transacciones. En otros términos, una función del derecho de los contratos es disminuir los costos de las transacciones reproduciendo los términos hipotéticos del “contrato perfecto”, aquel que idealmente hubiese suscripto las partes en un mundo con cero costos de transacción.

En efecto, una tarea importante de los tribunales y las leyes en general en materia de contratos es estipular la asignación del riesgo en casos determinados y cuando estas reglas operan en forma supletoria a la voluntad de las partes, están tienden a disminuir los costos de las transacciones. El análisis económico del derecho de los contratos, además, ya en el terreno normativo de la teoría, puede orientar el modo más eficiente en el cual los tribunales pueden desempeñar esta tarea.

Se ha visto que las partes tienen, con independencia del error, muchos motivos para dejar lagunas en los contratos y que aun individuos racionales tienen buenos incentivos para dejar lagunas en aquellos casos en los cuales el costo de negociar es superior a la valor esperado del riesgo multiplicado por la probabilidad de ocurrencia. Las partes simplemente ahorran costos de transacción dejando a las reglas supletorias del derecho de los contratos la asignación de esos costos.

Como se ha destacado el derecho de los contratos permite bajar los costos de las transacciones en tanto ofrece reglas supletorias que dan sentido a los convenios y que pueden utilizarse para casos de conflicto. Si las reglas supletorias que ofrece el sistema *lega* son eficientes, estas deberían reproducir de manera próxima aquellas cláusulas o estipulaciones que las partes habrían elegido para asignar el costo de la contingencia no prevista. Si el derecho no replica adecuadamente las soluciones eficientes, simplemente no maximiza los excedentes o ganancias posibles derivadas de la cooperación e introduce incentivos para que las partes gasten más tiempo y dinero en negociaciones para introducir cláusulas explícitas en las contrataciones.

Otro modo de exponer el asunto, es afirmar que el derecho de los contratos a nivel normativo debería resolver las disputas por lagunas contractuales replicando adecuadamente bien los términos del “contrato perfecto” o voluntad hipotética de las partes utilizando aquellas reglas y soluciones normativas que las mismas partes hubiesen elegido.

En tanto las partes tienen muy buenos incentivos para modificar reglas o cláusulas ineficientes a favor de las eficientes, puesto que de ese modo incrementan la ganancia conjunta de las transacciones, a nivel normativo un derecho de los contratos eficientes debería imputar la pérdida derivada de un riesgo a la parte que puede hacerse cargo de esta a menores costos. Ese resultado normativo es el que resultaría de una negociación contractual perfecta donde las partes maximizan su bienestar. Si la ley adopta soluciones eficientes las partes pueden simplemente disminuir los costos de las transacciones.

El derecho de los contratos puede establecer diversas formas de imputar el riesgo de una contingencia imprevista. Puede establecer imputar el costo del no cumplimiento o menor valor de la prestación a una de las partes, o bien reajustar el precio del contrato a los fines de que este exprese de modo razonable la asignación eficiente del riesgo. En algunos casos, cuando hay buenos motivos para pensar que ninguna de las partes previó el riesgo, el derecho puede ajustar el precio distribuyendo el riesgo entre los contratantes.³⁵

La solución eficiente, desde el enfoque económico, frente a las lagunas contractuales requiere la reconstrucción del “contrato perfecto”. En otros

términos, la eficiencia requiere que el Tribunal asigne el riesgo a la parte que se habría hecho cargo del mismo bajo las condiciones del contrato perfecto.

Probablemente los autores de la EAE, mirarían el asunto de un modo completamente distinto, pero análogo en las soluciones a problemás contractuales: se ahorrarían el modelo del contrato perfecto, que supone el empleo de una noción de equilibrio perfecto y destacarían los problemás reales de coordinación que operan necesariamente en la sociedad consecuencia de la necesaria ignorancia y conocimiento contextual de los operadores de mercado. Este, después de todo, es la descripción usual del modo en el cual opera el proceso de mercado, cuyos precios permiten obtener mejor conocimiento y tomar eventuales mejores decisiones correctivas del mercado. Ahora bien, el mercado funciona por medio de contratos y los miembros de la EAE deberían afirmar que son las partes (y de hecho lo afirman) quienes conocen mejor que nadie las motivaciones para contratar y tiene conocimiento contextual e información superior (en términos a su propio bienestar y coordinación social) que terceros.

Si estoy en lo correcto, analíticamente (los autores de la EAE) pueden hacer algunas distinciones análogas al enfoque de la EAE sin apelar a la noción de equilibrio en el sentido usual de la teoría de los precios, implícita en el AED. Pueden afirmar que son las partes las que (con independencia de un imposible contrato perfecto) las que están en mejores condiciones para contratar en tanto la dispersión del conocimiento y la naturaleza contextual del mismo. Son las partes las que pueden, mejor que terceras partes, adjudicar un valor a cada termino de contratación, incluyendo el precio en el sentido estricto o monetario del termino. El contrato entre partes funciona no solo incrementando ex ante el bienestar subjetivamente evaluado de las partes contratantes sino que además, al menos en promedio si es que el mercado tiene alguna tendencia al equilibrio, también son estas las que pueden tomar mejores decisiones que rectifican errores y hacen que el mercado se oriente hacia (por las cambiantes condiciones) un nivel más alto de coordinación de expectativas y adjudicación de bienes conforme la información e incentivos contenidos en el sistema de precios. En cuanto a

las instituciones del derecho de los contratos, para no apelar al concepto de costos de las transacciones (aun cuando no veo motivos para no usarlo por parte del AED) el argumento es que simplemente estas permiten mejor información al momento de contratar y por lo tanto permiten mejor ajuste de expectativas en los mercados.

Si esta descripción es correcta, y creo que lo es, la regla eficiente de resolución de conflictos contractuales debería ser análoga al argumento de la reconstrucción del contrato perfecto, en tanto esta debería mandar a los tribunales a aplicar (como sucede además en los sistemas contractuales reales, en la generalidad de los casos) la voluntad real o presunta de las partes del convenio: esa es la regla que mejora a las partes desde el punto de vista de sus propias preferencias y es además la regla que permite corregir el mercado mandando señales para lograr el proceso hacia el equilibrio. El argumento de que esa voluntad presunta no puede conocerse en muchos casos, no excluye el argumento (más conceptual que me interesa ahora) de que los jueces deberían interpretar los problemás de ejecución de los contratos, en términos a la voluntad presunta de las partes. Este argumento, al final, constituye una simple aplicación evidente del argumento más general por el cual terceros no pueden reemplazar centralizadamente las valorizaciones contractuales de las partes, principio sobre el cual la EAE insistido de manera celebre frente a la planificación central de la economía. Una regla general de interpretación de los contratos incompletos de manera diferente a la voluntad presunta de las partes enfrentaría los mismos problemás que tienen los planificadores centrales para adjudicar bienes sin precios.

Es probable, sin embargo, que un autor consistente con el subjetivismo de la EAE rechace algunos de los mecanismos usuales de la literatura para explicitar que parte se hubiese hecho cargo del riesgo, en caso de laguna contractual. En este campo, buena parte de la economía de los contratos se ocupa de examinar (mirando el contrato, el precio, y otros elementos como el precio de un hipotético seguro por el infortunio) que parte era la que podía evitar el riesgo no previsto en el contrato y que afecta su cumplimiento a menores costos. No puedo examinar esta parte tan técnica de la literatura en este trabajo (que requiere uno por separado) pero mi intuición es que la

EAE objetaría el uso de teoría económica en buena parte de los razonamientos usuales. La sugerencia, por ejemplo, de que en alguna instancia debe mirarse quien es la parte que puede evitar a menores costos el riesgo podría ser calificada de introducir valoraciones hipotéticas violando la regla de subjetivismo extremo que caracteriza a los austriacos. Pero esto es economía normativa y la finalidad de este artículo refiere a las funciones positivas de la teoría de los contratos.

Revisión de los Contratos

En ambas tradiciones legales las promesas son ejecutables legalmente cuando, en general, estas son productos de una negociación. Sin embargo, los sistemas legales en algunas ocasiones excepcionales que han sido largamente elaboradas por la jurisprudencia y la doctrina, declaran o permiten declarar la invalidez de convenios o parte de ellos, cuando ocurren determinadas circunstancias. En otros términos, los sistemas legales tienen por finalidad también regular los convenios estableciendo la nulidad de algunos convenios o bien modificando la validez de algunas cláusulas explícitamente tenidas en cuenta por las partes, aun en casos donde se han cumplido las formalidades de ley. En otros términos, una de las funciones del derecho de los contratos es establecer en que casos hay contratos válidos y en cuáles estos no son válidos y puede ser declarados nulos o bien regulados.

Esta es una función evidente del derecho de los contratos, desde un punto de vista descriptivo, ya que tiene finalidad establecer las condiciones de validez y exigibilidad de las promesas. En general, el enfoque económico de la ley enfatiza a nivel normativo que los únicos convenios que deben ser regulados o declarados nulos son aquellos en los cuales no se incrementa el bienestar, es decir, cuando una parte obtiene una ventaja de la otra y no hay ganancia conjunta o bien cuando se imponen costos significativos a terceros. No viene al caso, ahora, examinar la literatura caso por caso, pero los casos más usuales es cuando se contrata apelando al error, al fraude, la violencia, o algunos de los contratantes es menor o incapaz mentalmente. El argumento económico usual para invalidar estos convenios es apelando

a la idea de que en estos casos no hay ganancia, no hay excedentes, sino que una parte toma (redistribuye) riqueza a su favor perjudicando a la otra parte, sea el menor que no entiende sus actos o bien la persona estafada.

Hay otras figuras legales, tales como la lesión, el estado de necesidad, la imposibilidad económica o legal o la frustración del fin del contrato, que muchas veces autorizan, en diversas legislaciones, a los jueces a rever el contenido de los convenios. El examen de estos casos requiere un examen de los argumentos normativos usuales en los autores de la EAE y no creo que tenga sentido examinar esto a nivel de detalle. En general, los autores basados en una concepción fuerte del derecho de propiedad solo deberían anular convenios cuando hay problemás de negociación y no consecuencia de resultados no previstos, como que el fin del convenio no pudo cumplirse, o mayores costos de provisión que repugnan la consciencia moral del Juez y otros casos análogos. Sin embargo, muchos puntos intermedios, como el tipo de información que hay que dar a la hora de contratar, que debe entenderse por dureza en la negociación y otros (creo) mostraría las dificultades reales analíticas que este problema pone en frente del analista y quizás los límites de una concepción demasiado dura de los derechos de propiedad. Es posible que los miembros de la EAE de orientación utilitarista piensen en línea más afín a los resultados normativos usuales en AED, pero no conozco una teoría económica normativa o del bienestar de la EAE tan detallada que permita análisis de detalle que ofrece la teoría económica ortodoxa. Las personas atraídas por la EAE y que al mismo tiempo sienten atractivo por la concepción del derecho de F A Hayek probablemente dirían que esto es una cuestión de justicia y no de economía, aun cuando probablemente no puedan ser muy explícitos acerca de que significa justicia en un sentido más preciso en esa tradición de pensamiento.

Conclusión

Inicialmente (a) he intentado mostrar las diferencias normativas fundamentales, a nivel de principios, entre un típico autor afiliado a la EAE y la

visión instrumental del derecho que caracteriza al AED. Con esa finalidad, he intentado una descripción de las tres principales teorías, explicaciones o justificaciones del sistema legal más frecuentes en autores de la EAE para mostrar sus respectivas relaciones y eventuales conflictos con la visión instrumental del derecho del AED. En el campo positivo, que intentado mostrar (b) que un autor típico de la EAE, aun con justificadas reservas, debería aceptar la descripción usual del AED sobre las funciones económicas del derecho de los contratos. Sin embargo, he intentado también (c) una descripción del modo en el cual un economista de la EAE podría aportar a una teoría económica del derecho de los contratos, siempre respecto de las funciones económicas de este cuerpo importante del derecho civil.

NOTAS

- 1 Ver por ejemplo Johnstin (2000 (1972)). Para una muestra más de la disparidad de autores que componían la EAE y los diversos destinos luego de la emigración, ver Craver (1986).
- 2 Bryan Caplan afirma que “si “Mises y Rothbard están en lo cierto, entonces la economía debe corregirse, en cambio si Hayek está en lo correcto, ésta sólo necesita algunos pequeños ajustes”. Este autor cree que la EAE no tiene rasgos distintivos lo suficientemente claros como para constituir una escuela de pensamiento por sí misma, diferente al marginalismo. Cree que los esfuerzos por lograr una versión alternativa no han logrado más que obtener mera economía en forma de filosofía social, historia del pensamiento y metodología de la economía, antes que resultados concretos, que juzga pobres (Ver primera página de su artículo “*Why I am not an Austrian Economist*”). Un breve examen del trabajo de Hayek en economía, conducido sobre todo antes de la década del ‘30, mostraría un extenso uso de gráficos y herramientas analíticas afines al de las técnicas más usuales en esta disciplina.
- 3 Creo que las diferencias más importantes están en el campo de la macroeconomía, pero no puedo detenerme aquí en este asunto.
- 4 En el campo de la macroeconomía, la EAE tiene contenidos que la diferencian de otras tradiciones en un grado mayor. Los autores de la EAE no aceptan la distinción entre micro y macro. Debe quedar claro que uso el término para designar los campos de estudios de la economía en los términos más convencionales.
- 5 Ver Mises (1980), Capítulo I, pp. 68-75, de donde surge claramente su rechazo al método de las ciencias naturales para el estudio de la acción humana.
- 6 Este artículo asume –dada la imposibilidad de mostrar toda una escuela de pensamiento económico en breves páginas– cierto nivel de conocimiento de la EAE por parte del lector.

- 7 Ver al respecto el debate Block-Demsetz (Block,1977:111-15 y 1995: 64 y ss; Demsetz, 1979 y 1997:101-9).
- 8 Estos autores usualmente no aceptan las explicaciones más frecuentes respecto de la ineficiencia del monopolio. Hasta donde yo conozco no hay una economía del bienestar de la EAE explícita, con excepción de (la para mí deficiente) de Rothbard (1956:227).
- 9 Ver Haddock (1986). Sin embargo, otro autores se han ocupado de destacar las ventajas de la regla de la primera ocupación (Epstein,1978:1221ss; Lueck, 1995).
- 10 Estos autores de la EAE que estoy comentando no aceptan la teoría de las fallas de mercado por lo cual tampoco tendrían, al menos en principio, motivos de eficiencia para limitar las transacciones privadas. Pero no quiero detenerme en este asunto que me llevaría demasiado lejos.
- 11 Esta es, de hecho, la justificación de Rothbard (1982).
- 12 Para un examen comparativo entre la concepción del derecho de Hayek y la de Richard Posner, ver Zywicki (s/f). Voy a tomar muchos elementos de este trabajo, aun cuando difiero en algunas descripciones realizadas por el autor. Debo también mucho a mis conversaciones con Federico Lanz, consecuencia de una tesis de maestría de su autoría sobre el tema, que tuve el gusto de dirigir.
- 13 Últimamente hay demasiadas aplicaciones de estos modelos. Para un clásico, ver Axelrod (2004).
- 14 Posner, por ejemplo, en un trabajo reciente, sostiene para mí de modo sorprendente, que Kelsen sería más compatible con el enfoque económico de la ley que el mismo Hayek (Posner, 2005:147 ss). Para mí, la visión del derecho clásica más compatible con la del AED es la de Hard, de que el derecho constituye una forma de gobierno social basada en incentivos. En este sentido, ver Kornhauser (2004:355ss).
- 15 Sin embargo es conveniente ser precavidos sobre este asunto: usualmente los economistas del derecho no tienden a moralizar sus trabajos, en parte por los propios límites de la disciplina y en parte por el temor a introducir juicios de valor en un campo supuestamente científico.
- 16 Meta que se cumple cuando los bienes están asignados a sus mejores empleos, medidos en lo que las personas están dispuestas a entregar a cambio de retener un derecho o adquirirlo.
- 17 Para una crítica a Posner ver James M. Buchanan (1974), quien comenta la primera edición del libro *Análisis Económico del Derecho*. Buchanan destaca el trabajo del autor italiano Bruno Leoni para contraponer a Posner una mirada del derecho similar o próxima a la de Hayek.
- 18 Creo que eso sería correcto para un juez regulador, pero no para un juez que debe encontrar, de entre todas las disponibles, la regla legal eficiente, la que probablemente en muchos casos sea la seleccionada por los tribunales.
- 19 Desde luego que algunos empleos de los criterios de eficiencia en el campo social son muy parecidos. La idea de que las reglas deben lograr equilibrios que hagan consistentes las elecciones de muchos operadores es un clásico de la economía y una idea muy trabajada también en AED. Pero no estoy muy seguro, y no puedo explorar ahora, sus puntos en común y diferencias con la explicación de Hayek.

- 20 Hay desde luego muchos motivos por los cuales las personas pueden cooperar en transacciones donde el oportunismo es una opción. En muchos contextos operan mecanismos externos al derecho que pueden incentivar el cumplimiento de los convenios. La reputación, por ejemplo, es un buen motivo para cumplir contratos en contextos donde hay pocos operadores y muy buena información. Un conocido ejemplo es el del mercado de diamantes en Nueva York que tiene pocos operadores, la mayor parte de ellos judíos practicantes que tienen por costumbre someter sus diferencias al arbitraje de los rabinos. En estas condiciones institucionales no es necesario un derecho de los contratos para promover ofertas creíbles e incentivar la cooperación. No hay en el caso un poder de policía capaz de ejecutar forzosamente las decisiones, pero el costo de no cumplir con ellas es tan alto que hay incentivos para cumplir los convenios y los laudos sin apelar a las amenazas de la fuerza (Bernstein, 1992). Para un examen más general y muy conocido sobre la cooperación ver Axelrod (1986:122-136; 2004:75-83).
- 21 Sin embargo, aun cuando los convenios constituyen la base de la cooperación social, no todas las sociedades humanas han contado con un derecho de contratos tal y como lo conocemos. En la gran mayoría de las sociedades primitivas, el ámbito del derecho de los contratos era significativamente reducido y básicamente sujeto a unas pocas y simples reglas, tales como la no obligatoriedad de las promesas antes de la ejecución del convenio, la simple restitución como sanción por incumplimiento contractual y la responsabilidad del vendedor, como regla, para cualquier desperfecto del producto. Es que en una sociedad donde hay pocas transacciones a términos y los mercados son muy reducidos, la regla de la restitución y otras pocas resultan suficientes para garantizar el comercio. Véase Posner (1981:182-5).
- 22 Esta descripción, usual para justificar y explicar los contratos en el enfoque del AED, es muy similar o idéntica a la justificación de las instituciones sociales que ofrece, por ejemplo, Mises.
- 23 Contrato “proviene del latín *contractus* que significa contraer, estrechar, unir, contrato, pacto, voz que significa unir, juntar o reunir y su acepción más común o gramatical los contratos refieren a “acuerdos o convenios entre partes o personas que se obligan a materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento puede ser compelidas” (*Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo IV, p.120).
- 24 Sin embargo, un examen más fino del problema debería tener en cuenta los costos sociales de la ejecución forzosa del convenio. Prestaciones irrelevantes, de poco monto o carentes de importancia –como de hecho sucede en los sistemas legales– no deberían ser obligatorios.
- 25 Véase por ejemplo el Código Civil español en los siguientes artículos: 1258, 1259, 1260, 1254, 1255 y 1257.
- 26 Sin embargo, autores de la EAE comprometidos con una teoría de la justicia del tipo Rothbard podrían insistir en que los contratos son sólo obligatorios cuando una de las partes cumplió con la prestación, de modo análogo, aun cuando no idéntico al principio de la consideración como elemento que determina la validez de los contratos.
- 27 Esta es, sin embargo, la posición de un autor austríaco como Rothbard.

- 28 Los sistemas legales permiten también que las partes establezcan ellas mismas en el contrato la sanción por incumplimiento. Son los *liquidated damages* del derecho común o la cláusula penal en nuestra tradición legal. Los tribunales americanos son muchos más restrictivos respecto de nuestros tribunales a la hora de ejecutar estas cláusulas. En general, mientras estos solo hacen ejecutar estas cláusulas cuando se aproximan al monto de la sanción por incumplimiento, es decir al monto de los daños en expectativa, los jueces en la tradición continental son más permisivos sólo eliminando aquellas demasiado excesivas. La eficiencia o ineficiencia de estas dependen de muchas variables que no podemos analizar en este trabajo. Véase, Edlin y Schwartz (1993:33 – 54).
- 29 La relación típica entre estas sanciones es que los daños en expectativa son mayores que los daños de costo de oportunidad y éstos que los daños de confianza, en tanto los costos de confianza están incluidos en los otros dos y el mejor contrato es por lo menos tan bueno como el segundo mejor contrato. Sin embargo, en mercados muy competitivos los daños en costos de oportunidad tienden a ser iguales a los daños en expectativa, en tanto en estas condiciones los bienes tienden a ser fungibles.
- 30 Ver, William Bishop, “The Choice of Remedy for Breach of Contract”, *Journal of Legal Studies* 14, 1985, p. 14.
- 31 Robert Cooter y Tomás Ulen, “Derecho y economía”. Op.cit., p. 244.
- 32 Para una crítica de naturaleza moral a la teoría del incumplimiento eficiente, Daniel Friedmann, “Efficient Breach Fallacy”, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 18, 1989. pp. 1 y ss. Desde luego que algunos autores de la EAE que adoptan posiciones filosóficas muy estrictas sobre el derecho de propiedad resistirían, por cuestiones morales, la tesis del incumplimiento eficiente.
- 33 Para un clásico sobre este asunto, Richard Posner y A. M. Rosenfield, “Impossibility and Related Doctrines in Contract Law. An Economic Analysis”, *Journal of Legal Studies* Vol. 6, 1977, pp. 83. De hecho, voy a tomarme mis argumentos fundamentalmente de este clásico trabajo que ha tenido fuerte impacto en la literatura. También, de Ian Ayres y Robert Gertner, “Filling Gaps in Incomplete Contracts: an Economic Theory of Default Rules”, *Yale Law Journal* Vol. 99, 1989, pp. 87 y ss. Las consideraciones aquí desarrolladas, sin embargo, son muy generalizadas en la disciplina. Véase por ejemplo, Hans-Bernd Schafer y Claus Ott, *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*, op.cit., pp. 258-278. También el capítulo correspondiente de Robert Cooter y Tomás Ulen, *Derecho y Economía*, op. cit. pp. 256-265. También, para una mirada más crítica, Jason Scott Johnston, “Strategic Bargaining and the Economic Theory of Contract Default Rules”, *Yale Law Journal* Vol. 100, 1990, p. 615, 1990 y Randy Barnett, “The Sound of Silence: Default Rules and Contractual Consent”, *Virginia Law Review* 78, 1992, pp. 821 y ss.
- 34 Para una temprana descripción de esta función general del derecho, véase, por ejemplo, Gordon Tullock, *The Logic of the Law*, Basic Books, NY, 1971, pp. 40-7.
- 35 Véase, por ejemplo, Robert Cooter y Tomás Ulen, *Derecho y Economía*, pp. 261 y 262.

REFERENCIAS

- Alterini, Atilio A., 1998, *Contratos Civiles, Comerciales, de Consumo. Teoría General*, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- Axelrod, Robert, 1986, *La evolución de la cooperación*, Alianza Editorial, Madrid.
- Axelrod, Robert, 2004, *La complejidad de la cooperación*, Alianza, Madrid.
- Ayres Ian y Robert Gertner, 1989, "Filling Gaps in Incomplete Contracts: an Economic Theory of Default Rules", *The Yale Law Journal*, Vol. 99 (1) (October), pp. 87-130.
- Barnett, Randy, 1992, "The Sound of Silence: Default Rules and Contractual Consent", *Virginia Law Review*, Vol. 78.
- Bernstein, Lisa, 1992, "Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry", *The Journal of Legal Studies*, Vol. 21(1), pp. 115 – 53.
- Bishop, William, 1985, "The Choice of Remedy for Breach of Contract", *The Journal of Legal Studies*, Vol. 14.
- Block, Walter, 1977, "Coase and Demsetz on Private Property Rights," *Journal of Libertarian Studies*, Vol. 1 (2), pp. 111-15.
- Block, Walter, 1995, "Ethics, Efficiency, Coasian Property Rights, and Psychic Income: A Reply to Harold Demsetz", *Review of Austrian Economics*, Vol. 8 (2), 61-125.
- Buchanan, James M., 1974, "Good Economics, Bad Law", *Virginia Law Review*, Vol. 60, N°3, pp. 483-492.
- Caplan, Bryan, s/f, "Why I am not an Austrian Economist", en <http://econfaculty.gmu.edu/bcaplan/whyaust.htm>
- Cooter, Robert y Thomas Ulen, 2008, *Derecho y Economía*, 2da ed., FCE, México.
- Craver, Earlene, 1986, "The Emigration of the Austrian Economists", *History of Political Economy*, Vol. 18 (1) 1-32.
- de Soto, Hernando, Enrique Ghersi y Mario Ghibellini (colaboradores), 1987, *El Otro Sendero, Libertad y Democracia*, Lima.
- Demsetz, Harold, 1979, "Ethics and Efficiency in Property Rights Systems", in *Time, Uncertainty, and Disequilibrium: Explorations of Austrian Themes*, ed. Mario Rizzo, Lexington, Mass.: D. C. Heath.
- Demsetz, Harold, 1997, "Block's Erroneous Interpretations," *Review of Austrian Economics*, Vol. 10 (2), pp. 101-9.

- Edlin Aaron and Alan Schwartz, 1993, "Optimal Penalties in Contracts", *Chicago Kent Law Review*, Vol. 78, pp. 33 - 54.
- Epstein, Richard A., 1979, "Possession as the Root of Title", 13 *Ga. L. Rev.* 1221.
- Friedmann, Daniel, 1989, "Efficient Breach Fallacy", *The Journal of Legal Studies*, Vol. 18 (1) pp. 1-24.
- Fuller, Lon L., 1941, "Consideration and Form", *Columbia Law Review*, Vol. 41, pp. 799-815.
- Haddock, D.D., 1986, "First possession versus optimal timing: limiting the dissipation of economic value", *Washington University Law Quarterly*, Vol. 64, pp. 775-92.
- Hayek, Friedrich, 1945, *The Use of Knowledge in Society*, 35 AM. ECON. REV. 519.
- Hayek, Friedrich, 1977, *Law, Legislation and Liberty, Vol. I: Rules and Order*, Routledge & Kegan Paul, London and Henley.
- Hoppe, Hans-Hermann 1993, *The Economics and Ethics of Private Property*, Boston: Kluwer.
- Johnstin, William, 2000 (1972), *An Austrian Mind: An Intellectual and Social History (1848 - 1938)*, University of California Press.
- Johnston, Jason Scott, 1990, "Strategic Bargaining and the Economic Theory of Contract Default Rules", *The Yale Law Journal*, Vol. 100 No. 3 (Dec.), pp. 615-664.
- Kirzner, Israel M., 1989, *Discovery, Capitalism, and Distributive Justice*, Basil Blackwell, New York.
- Kornhauser, Lewis A., 2004, "Governance Structures, Legal Systems, and the Concept of Law," 79 *Chicago-Kent Law Review*, 355.
- Lachmann, Ludwig, 1976, *The Foundation of Modern Austrian Economics*, Sheed & Ward.
- Lueck D., 1995, "The Rule of First Possession and the Design of the Law", *Journal of Law and Economics*, Vol. 38, pp. 393-436.
- Mises, Ludwig, 1959, *Theory and History*, reimpreso por Liberty Fund, Indianapolis.
- Mises, L., 1922, *Socialism*, reimpreso por Liberty Fund, Indianapolis.
- Mises, L., 2006, *The Ultimate Foundations of Economic Science*, Liberty Fund, Indianapolis.
- Mises, L., 1980, *La acción humana. Tratado de economía*, Madrid: Sopec.
- Posner, Richard A., 1981, *The Economics of Justice*, Harvard University Press.
- Posner, Richard A., 1977, "Gratuitius Promises in Economics and Law", *Journal of Legal Studies*, Vol.6 (411-412).
- Posner, R. A., 2005, "Hayek, Law, & Cognition", *NYU J. L. & Liberty*, Vol. 1, pp. 147-166.
- Posner, R. A. y Andrew M. Rosenfield, 1977, "Impossibility and Related Doctrines in Contract Law. An Economic Analysis", *The Journal of Legal Studies*, Vol. 6 (83).

- Priest, George L., 1977, "The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules", 6 *Journal Legal Studies* 65.
- Rothbard, Murray N., 1956, "Toward a Reconstruction of Utility and Welfare Economics," in *On Freedom and Free Enterprise*, Mary Sennhöz ed., D. Van Nostrand, Princeton (Traducción al castellano en *Libertas*, Vol. 6, Mayo, 1987).
- Rothbard, Murray N., 1957, "In Defense of 'Extreme Apriorism'", *Southern Economic Journal*, Vol. 23, pp. 315-18.
- Rothbard, Murray N., 1982, *La Ética de la Libertad*, Unión Editorial, Madrid.
- Rothbard, Murray N., 1989, "Law, Property Rights, and Air Pollution," *Cato Journal* Vol. 2, pp. 55-99.
- Rubin, Paul H., 1977, "Why is the Common Law Efficient?", 6 *Journal Leg. Studies* 51.
- Schafer, Hans-Bernd y Claus Ott, *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*, op.cit., pp. 258 – 278.
- Skousen, Mark, 2005, *Vienna & Chicago: Friends or Foes?*, Regnery Publishing Inc.
- Stordeur, Eduardo y Juan Ramos Mejía, 2005, "Una lectura hayekiana de Coase", *Libertas* N° 42.
- Tullock, Gordon, 1971, *The Logic of the Law*, Basic Books, NY.
- Zywicki, Todd J., s/f, "Posner, Hayek & The Economic Analysis of the Law", en http://www.law.gmu.edu/assets/files/publications/working_papers/07-05.pdf.

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 intergrupala. 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>

ALGUNOS FUNDAMENTOS NORMATIVOS SOBRE LAS PATENTES DE INVENCIÓN EN TEMAS DE MEDICINAS ESENCIALES

*Pablo A. Iannello**

Resumen: El presente trabajo tiene por objetivo presentar dos tipos de explicaciones normativas tradicionales en materia de propiedad intelectual: la de derecho natural y la consecuencialista. También intenta mostrar la necesidad de un tratamiento diferenciado para la problemática de las patentes sobre medicinas esenciales, en atención a los bienes en juego.

Abstract: This paper aims to present two types of traditional normative explanations about intellectual property, the natural law and the consequentialist. It also aims at showing the need for a differential treatment of the problem of patents on essential medicines, in response to the goods at stake.

El tema referido al fundamento filosófico moral de la propiedad de las ideas es extremadamente amplio y muy discutido por los entendidos en esta disciplina, lo cual ha originado teorías diversas. En las últimas décadas, la producción de bienes intensivos en investigación y desarrollo se ha desarrollado exponencialmente, llevando a considerar el capital en intangibles de un país una variable clave para ponderar su crecimiento económico. Por otro lado, una variedad de estrategias de *management* sobre este tipo de activos, como así también nuevas formas de protección jurídica, se desarrollaron para proteger y permitir el crecimiento de nuevos negocios de intangibles. Sin embargo, las justificaciones sobre la existencia de limitaciones al derecho

* Profesor e Investigador de ESEADE. Profesor (Universidad Argentina de la Empresa, Universidad de Buenos Aires, Universidad Austral). Se aceptan comentarios y sugerencias a pablo.iannello@fibertel.edu.ar

de propiedad parecen enmarcarse en una dicotomía sobre un problema de conflictos de derechos en los cuales la propiedad intelectual siempre parece estar relegada en términos de otros derechos.

El presente trabajo tiene por objetivo presentar dos tipos de explicaciones normativas tradicionales en materia de propiedad intelectual, la de derecho natural y la consecuencialista, como así también mostrar la necesidad de un tratamiento diferenciado para la problemática de las patentes sobre medicinas esenciales en atención a los bienes en juego.

El artículo se encuentra estructurado de la siguiente forma: en la primera sección, se presenta una revisión de las dos principales explicaciones filosóficas sobre la propiedad intelectual, mostrando los límites que las mismas presentan. En la segunda sección, se presenta una aproximación jurídica a la cuestión de las patentes en materia de medicamentos esenciales, describiendo el estado actual de la cuestión en relación a los instrumentos internacionales más importantes y el esquema de incentivos que éstos generan. Luego se plantea una propuesta de explicación normativa de las medicinas esenciales a partir de la situación existente y de las herramientas filosóficas y económicas presentadas. Finalmente, se exponen las conclusiones del enfoque propuesto y se mencionan algunos temas tratados tangencialmente y que pueden dar lugar a futuras investigaciones.

Justificaciones filosóficas del derecho de propiedad intelectual¹

Justificación de las patentes desde el derecho natural

La teoría del derecho natural sostiene que los seres humanos tienen, a partir de su naturaleza humana diferentes derechos que resultan de la misma. Entre esos derechos podrían considerarse aquellos que resultan de las ideas que generadas. En consecuencia la sociedad estaría obligada a proteger dichos derechos. Por lo tanto, el uso de ideas sin autorización por parte de su titular debe ser considerada un hurto. Sin embargo, aún cuando la línea del derecho natural considera derechos anteriores a cualquier

tipo de organización social, la institución de la propiedad, y en consecuencia de la propiedad intelectual no resulta tan claramente derivable de esas condiciones naturales.

La justificación económica de la propiedad desde esta perspectiva puede ser rastreada desde Santo Tomás, quien afirma que la propiedad privada es una derivación de la razón en relación a la ley natural. En particular, establece que la propiedad privada:

Y es también necesaria a la vida humana por tres motivos: primero, porque cada uno es más solícito en gestionar aquello que con exclusividad le pertenece que lo que es común a todos o a muchos, puesto que cada cual, huyendo del trabajo, deja a otros el cuidado de lo que conviene al bien común, como sucede cuando hay multitud de servidores; segundo, porque se administran más ordenadamente las cosas humanas si a cada uno le incumbe el cuidado de sus propios intereses; sin embargo, reinaría confusión si cada cual se cuidara de todo indistintamente; tercero, porque así el estado de paz entre los hombres se mantiene si cada uno está contento con lo suyo. De ahí que veamos que entre aquellos que en común y pro indiviso poseen alguna cosa se suscitan más frecuentemente contiendas (Santo Tomás S th II –II 66).

La propiedad privada luego será justificada por los segundos escolásticos. Juan de Mariana, opina que la propiedad resulta necesaria para el desarrollo de una sociedad justa (Chafuen, 2003:45- 49). Lo interesante de estos casos es que la propiedad es deseable en términos de las consecuencias beneficiosas que genera para el ser humano en sociedad, y no producto de la ley natural. Entonces, la propiedad no es un producto inmediato de dicha ley, sino una creación del hombre en virtud de alcanzar los resultados beneficiosos que ella acarrea. Aún cuando en estos pensadores no encontramos ninguna referencia a los bienes intangibles, parece importante mencionar que la idea de propiedad que tienen no es un producto de la naturaleza del hombre sino una institución derivada de dicha ley para permitir su cumplimiento.

La discusión en torno a los derechos iniciales de propiedad intelectual tiene como uno de sus puntos de partida fundamentales la teoría del surgimiento

de la propiedad a partir del trabajo de los recursos naturales. Para ello es preciso revisar algunos puntos que John Locke elaboró sobre esta institución.

Es bien sabido que el citado filósofo inglés estipuló dos provisos como condiciones para la aplicación de su teoría. El primero de ellos, consistente en una acción positiva, sostiene que debe dejarse suficiente cantidad del bien en cuestión para que los demás también puedan apropiarse del mismo. El segundo, de carácter negativo, es que no debe apropiarse más de lo que se puede consumir por quien imprime el trabajo. El primero de estos argumentos fue trabajado por Robert Nozick, quien lo modificó en términos de mejoras paretianas, estipulando que el otorgamiento de derechos de propiedad no puede empeorar la situación de ninguno de los agentes participantes de la distribución inicial.

La justificación de la teoría de Locke puede verse o bien como una necesidad práctica para que los seres humanos se puedan proveer de aquellos bienes básicos para su subsistencia, o bien por su tendencia natural para la realización de sus planes de vida (Sterckx, 2004). Lograr un traspaso la teoría de Locke sobre la propiedad física a la propiedad intelectual no resulta sencillo.

Un primer presupuesto necesario para ello sería considerar la existencia de recursos intangibles no apropiados, para luego pasar a una distribución original de los mismos en base a los dos provisos antes referidos. Aquí parecieran surgir algunas complicaciones: un primer obstáculo para los argumentos mencionados consiste en la imposibilidad de aplicar el límite impuesto por el segundo proviso, es decir no consumir más bienes de aquellos que son necesarios. En este sentido, las características de bienes públicos (concretamente, el consumo) que poseen las ideas (que eventualmente podrían plasmarse en una patente), hacen parecer inviable la limitación a la apropiación natural sobre la base de dejar suficiente para el resto de los seres humanos. Dicho de otro modo, las ideas no se consumen sino que se replican, y allí no hay disminución en la cantidad de consumo, con lo cual su valor no se disminuye por el uso (Attas, 2009:78). Así, la protección de la propiedad intelectual no podría estar dada para asegurar la disponibilidad de bienes para todos los sujetos, puesto que la disponibilidad está garantizada.

Por otro lado, el argumento de la no exclusión y el surgimiento de *free riders* tampoco son suficientes para una justificación desde la perspectiva de la teoría de Locke. La posibilidad de exclusión resulta de la apropiación de bienes, producto de la aplicación del trabajo sobre los mismos, los cuales no son propiedad de nadie en su estado originario. En el caso de la propiedad intelectual, surge la pregunta sobre si lo mismo ocurre en el caso de las ideas. Si se parte del supuesto de que éstas pueden resultar innatas al ser humano - cuestión que no discutiremos en el presente trabajo -, no existiría una categoría como la de “ideas en estado de naturaleza”. En cualquier caso, no parecería que las mismas fuesen apropiables salvo cuando ellas se dan a conocer. Pero si la idea dada a conocer es propiedad de su titular, toda idea sería patentable o daría lugar a un derecho de propiedad. Cabe mencionar que las ideas no merecen protección en el ordenamiento legal, sino que lo que se protege es la actividad inventiva o la creación artística, mas no la idea. Ello no es trivial, ya que se ha buscado regular la actividad innovadora y no la apropiación de las ideas.

La propuesta de Nozick, como modificatoria a la propuesta de Locke, también encuentra sus dificultades. Nozick sostiene que el patentamiento de un objeto no empeora la situación de las personas que pueden disfrutar de un bien que no podrían haberlo hecho ante la inexistencia de la patente (Nozick, 1974:128). Pareciera que dicha afirmación puede ser parcialmente cierta, si se considera un mundo con información completa y perfecta, incluso en el ámbito inter-temporal. También es cierto que las cestas de utilidades de los individuos de una sociedad no empeoran ante el surgimiento de una patente. Sin embargo, podrían plantearse, al menos en un sentido débil, dos objeciones a este argumento:

1. Si el incentivo que persigue quien obtiene las patentes es obtener las ganancias extraordinarias del monopolio, dichas ganancias provienen de la reducción de un excedente del consumidor, y entonces alguien estaría en peor situación.
2. Aun cuando podría decirse que este es un argumento exógeno al modelo de Nozick, es necesario mencionar que la mayoría de los efectos en cuestiones de propiedad intelectual requieren un escenario inter-temporal y

que por lo tanto la verificación del criterio de Pareto debería sostenerse en cada uno de los momentos, y ello lleva a considerar un al menos un escenario de probabilidades no contemplado en la propuesta.

Ahora bien, de lo dicho no se sigue que: 1. El valor de cambio de un bien intangible siempre disminuya al ser replicado, de hecho la existencia de ideas que requieren tecnologías de red en su aplicación aumentan en valor gracias a su réplica; 2. que el monopolio generado por un sistema de patentes sea el mejor esquema de incentivos y aquel que genere menos distorsiones.

La justificación consecuencialista del derecho de patentes y la relatividad del monopolio como sistema de protección

Los argumentos basados en criterios utilitaristas en materia de patentes encuentran su fundamentación básica la necesidad de desarrollar los incentivos necesarios para mantener un nivel de invención socialmente deseable. La existencia del “derecho de propiedad intelectual” no viene a justificar la existencia de ningún tipo de propiedad sobre bienes intangibles, sino que parece necesario el otorgamiento de ciertos tipos de privilegios sobre el desarrollo de la actividad inventiva, en tanto ésta es beneficiosa para la sociedad.

Por otro lado, y ante la existencia de fallas en el mercado de la provisión y difusión de nueva invenciones, los sistemas que incentivan la producción de las mismas no suelen ser completamente eficientes. Por ello, los monopolios temporales sobre patentes no deben ser vistos como la generación de derechos exclusivos de propiedad intelectual, sino como mecanismos que proveen incentivos adecuados para la invención, al menor costo posible.

Dicho en otros términos, el sistema actual de monopolios puede justificarse en términos del criterio Kaldor-Hicks, el cual sostiene que una asignación resulta eficiente cuando los beneficios superan a los costos, y quien soporta el costo puede ser al menos hipotéticamente compensado (Fellmand y Serrano, 2004). Así, el beneficio que una sociedad obtiene por contar con un invento es mayor al costo que surge de soportar el monopolio. La compensación

estaría dada por el dominio público, que adquiriría la invención pasado el tiempo de duración de la patente. Entonces, el sistema de patentamiento es un sistema sub-óptimo de protección de la innovación.

De ello se sigue que el tiempo de duración de una patente estaría determinado por el período temporal que hubiera necesitado otra persona para hacer un descubrimiento independiente en ausencia del conocimiento de la inversión (Spector, 1987:22-29). Cierta literatura ha argumentado que “las invenciones no pueden ser objeto de propiedad” (Lemley, 2005:1031-1065). Desde un punto de vista más económico, se puede concluir que “los derechos de propiedad derivan su importancia por el hecho que ellos sirven para ayudar a concretar transacciones con sus semejantes en una sociedad determinada” (Demsetz, 1967:347-359).

Los derechos de propiedad intelectual suelen ser vistos como mecanismos para internalizar externalidades, que permiten la internalización de costos y beneficios (Demsetz, 1967:347-359). La característica básica de las externalidades es que existan bienes que no puedan transarse en el mercado, por lo que no hay posibilidad de que el bien sea adquirido por quien más lo valora, la internalización de las externalidades se produce a través de la reasignación de derechos de propiedad (Gordon, 2003:617-643).

De lo hasta aquí expuesto se sigue que, existiendo derechos de propiedad bien definidos, los bienes pueden ser producto de apropiación por parte de quien los produce, e intercambiable por otros bienes a cambio de un precio en dinero, siendo el ingreso obtenido en la transacción mayor que el costo de la misma. Estas transacciones tendrán lugar hasta que el ingreso de producir e intercambiar una unidad más, se iguale al costo de producir e intercambiar una unidad más de ese bien.

Sin embargo, como ya se dijo, ello no justifica, desde un punto de vista consecuencialista, la existencia de monopolios otorgados por el Estado para generar las patentes. La justificación de este tipo resulta de asumir que las consecuencias que genera son deseables y a partir de ellas se diseñan los incentivos apropiados.

Como ya se ha mencionado, la legislación en materia de propiedad intelectual no tutela la protección de las ideas en general, sino sólo de aquellas

que son novedosas y que pueden aplicarse a la producción de bienes y servicios (Bensadon, 2007:61,83). De allí los requisitos de novedad y aplicación industrial necesarios para obtener una patente de invención.

La investigación de una idea tiene una alta probabilidad de fracasar, o al menos de no obtener una idea verdaderamente “provechosa” para la sociedad. Esas probabilidades no son modificables en el corto plazo por el hombre. En cambio, la retribución que se otorga por una idea “provechosa” es fácilmente modificable. Este es el esquema planteado hoy en día en materia de patentes. La retribución extraordinaria surge de la absorción de parte del excedente del consumidor por parte de los monopolistas, y ello asegura crear incentivos para que los individuos que desean invertir inviertan más en activos riesgosos que en activos de bajo riesgo. Creemos que es éste y no otro motivo el que justifica actualmente la existencia de los monopolios.² De esta forma, el producto privado y el producto social se aproximan, dado que aún cuando la actividad inventiva es de por sí espontánea, el esquema de incentivos tiende a dirigirla hacia aquellos canales más beneficiosos para la sociedad (Pigou, 1924).

Si se acepta que los retornos que otorga un sistema de patentes resultan un premio por el riesgo asumido y la novedad de la invención, entonces al menos desde un punto de vista consecuencialista no hay motivo para pensar que el monopolio es el único mecanismo para proteger las actividades inventivas, sino que deberá adoptarse aquel sistema que mayor actividad inventiva propicie, en la medida que el costo de incentivarla sea menor que el beneficio generado por la misma. Esa sería una posible explicación de por qué los monopolios sobre la invención encuentran un límite temporal, que incluso menciona la Constitución Argentina al recocer la titularidad al inventor.³ La visión utilitarista también tuvo un importante impacto en el desarrollo de la ley de copyright de 1909 en el Congreso de los Estados Unidos (Menell, 2000:130).

El patentamiento de medicinas esenciales y las excepciones al derecho de propiedad

El marco general del patentamiento de medicamentos

Si bien existen numerosos argumentos para el sistema de patentes, podría decirse que hay un cierto consenso en que uno de sus objetivos consiste en crear incentivos suficientes para asegurar la actividad inventiva.⁴ Estos incentivos a la innovación resultan ser función de: i) los costos de innovación e invención; ii) los riesgos; iii) los premios por la obtención de la invención y iv) la tasa de imitación (Scherer, en Chien, 2003:857). Por su parte, los tribunales han sostenido este criterio a la hora de justificar la validez constitucional de las patentes y derechos de autor.⁵ Con esta finalidad, los países han desarrollado sistemas que buscan garantizar los derechos exclusivos del titular de la patente durante un cierto período de tiempo, lo cual lleva a generar un monopolio legal sobre la invención, dadas las características de bien público que posee la actividad inventiva.

El acuerdo de la Organización Mundial del Comercio (OMC) de 1995, sobre Aspectos Relacionados del Comercio con la Propiedad Intelectual (ADPIC), fue un elemento importante en la ola internacional de reforma de los derechos de propiedad intelectual. En el contexto de la presente discusión, es particularmente notable que el acuerdo incluía explícitamente los objetivos de la innovación y difusión de la tecnología. La implementación del acuerdo ADPIC transformó el paisaje global en materia de derechos de propiedad intelectual, estableciendo un estándar mínimo global para la protección de este tipo de derechos, y proveyendo a los países miembros de la OMC de los medios para lograr una protección efectiva de estos estándares en relación a los no miembros. Aunque el ADPIC brindó períodos de transición sustancial en los países en desarrollo, la mayoría de ellos expiró en 2005, a excepción de ciertas provisiones aplicables a los países subdesarrollados, en los cuales el plazo de gracia se extiende hasta el 2016 (Lippoldt, 2010).

Este acuerdo contiene una serie de previsiones que establecen ciertos estándares de protección que deben adoptar los Estados signatarios de dicho

tratado, entre los que cabe mencionar el derecho de exclusividad del inventor, contenido en el artículo 27 del mismo. Por otra parte, el artículo 17 reconoce la complementariedad del acuerdo ADPIC con la búsqueda por parte de los países firmantes, de una adecuada política de salud pública (Correa, 2007:221-259). Así, se dijo que: “Los Acuerdos de la OMC no son ajenos a las cuestiones sanitarias. Es más, las preocupaciones que afectan a la salud tienen prioridad sobre las que atañen al comercio. De ser necesario, los gobiernos pueden hacer caso omiso de los compromisos contraídos en el marco de la OMC con el fin de proteger la vida de las personas. Por otro lado, la jurisprudencia de la OMC ha confirmado que la salud humana es ‘de la mayor importancia’” (OMC, 2002).

Sin embargo, la citada normativa contempla ciertas limitaciones al derecho de propiedad, a través del mecanismo del licenciamiento obligatorio. El mismo ha sido utilizado en la última década por los países subdesarrollados y en vías de desarrollo para limitar los derechos de propiedad de las empresas farmacéuticas dedicadas a la producción de las denominadas “medicinas esenciales”, con la intención de garantizar el derecho a la salud de sus habitantes. La Organización Mundial de la Salud considera esenciales los medicamentos que cubren las necesidades de atención de salud prioritarias de la población. Su selección se hace atendiendo a la prevalencia de las enfermedades y a su seguridad, eficacia y costo eficacia comparativa (OMS, 2010).⁶ Son fundamentales, indispensables e imprescindibles para tales fines. Estos medicamentos deben encontrarse siempre a disposición de la población, en las dosis adecuadas, conteniendo la calidad e información necesaria (OMS, 2011).

Sobre la puesta en marcha de las limitaciones legal de las licencias compulsivas y la necesidad de la adecuada remuneración

El acuerdo sobre los ADPIC en su artículo 31 b) establece que “sólo podrán permitirse esos usos cuando, antes de hacerlos, el potencial usuario haya intentado obtener la autorización del titular de los derechos en términos y condiciones comerciales razonables, y esos intentos no hayan surtido efecto

en un plazo prudencial. Los Miembros podrán eximir de esta obligación en caso de emergencia nacional o en otras circunstancias de extrema urgencia, o en los casos de uso público no comercial” (OMC, 2001 1995).

El lenguaje del artículo es vago en tanto no establece ningún concepto o mecanismo que permita arribar a un concepto de emergencia nacional. Por este motivo, el artículo fue objeto de interpretación y cierta reglamentación en la última ronda ministerial, conocida como Ronda Doha.

La declaración sobre la salud pública dada en Doha en el 2001 fue el resultado de ciertos eventos precedentes, como la política de Sudáfrica sobre medicamentos o el conflicto acaecido con Brasil, que generó un requerimiento ante el órgano de solución de controversias de la OMC.

En la declaración de Doha se reconoce la importancia de los derechos de propiedad intelectual. Así se lee en el Art. 3: “Reconocemos que la protección de la propiedad intelectual es importante para el desarrollo de nuevos medicamentos. Reconocemos asimismo las preocupaciones respecto a sus efectos sobre los precios”, y en Art. 4: “El Acuerdo sobre los ADPIC no impide ni deberá impedir que los Miembros adopten medidas para proteger la salud pública. En consecuencia, al tiempo que reiteramos nuestro compromiso con el Acuerdo sobre los ADPIC, afirmamos que dicho Acuerdo puede y deberá ser interpretado y aplicado de una manera que apoye el derecho de los Miembros de la OMC de proteger la salud pública y, en particular, de promover el acceso a los medicamentos para todos” (OMC, 2001).

El adecuado balance de esta declaración indica que la protección de la propiedad intelectual es necesaria. Esto es consistente con la necesidad de mantener los incentivos para que los niveles de innovación no se vean afectados. Por otro lado, la preocupación por los precios pareciera indicar que el problema radica en la distribución de los costos de la innovación (Vidaurreta, 2005).

En materia de medicinas esenciales algunos autores consideran la Declaración Ministerial de Doha como un denominado *Health Flexibility Waiver*, que debería permitir el desarrollo de una industria farmacéutica tendiente a facilitar el acceso a medicinas básicas a los países con capacidad para lograr dicha finalidad (Anderson, 2010). Si bien puede ser cierto que la

Declaración de Doha ha clarificado algunos puntos interpretativos en materia de licenciamiento obligatorio en lo que respecta a cuestiones de salud, los mecanismos de implementación del sistema siguen siendo poco claros si se busca determinar los alcances de las flexibilidades otorgadas. Se ha remarcado la discrecionalidad resultante de la imprecisión de los términos de la Declaración sobre Salud Pública de Doha. Por un lado, dentro del punto 5 se lee en la sección b): “Cada Miembro tiene el derecho de conceder licencias obligatorias y la libertad de determinar las bases sobre las cuales se conceden tales licencias”. Asimismo, en el punto c) se establece que: “Cada Miembro tiene el derecho de determinar lo que constituye una emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia, quedando entendido que las crisis de salud pública, incluidas las relacionadas con el VIH/SIDA, la tuberculosis, el paludismo y otras epidemias, pueden representar una emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia” (OMC, 2001).

Resulta palmaria la unilateralidad otorgada para definir las condiciones en las que podría proceder una licencia compulsiva. Estas imprecisiones implican un escenario de alta incertidumbre para quienes participan en proyectos intensivos de investigación farmacéuticos quienes deberán descontar las probabilidades de ocurrencia de dichos eventos al momento de efectuar sus planes de inversión.

Además de la normativa internacional, es posible encontrar algunos precedentes jurisprudenciales en donde se hace especial referencia a la limitación que debe sufrir el derecho del titular de la patente frente a “derechos de mayor jerarquía”, como el derecho a la salud. Así, la Suprema Corte Canadiense en un caso de limitación del derecho sobre la explotación del titular de una patente ha expresado que: “el deber del comisionado de patentes de garantizar el acceso de los medicamentos para el público al menor precio posible...” (Suprema Corte de Justicia de Canadá, 1970). Asimismo y respecto a la compensación que le correspondía al titular de la patente el mismo tribunal expresó: “...en cuanto al monto a otorgar como compensación, no deben tenerse en cuenta factores como el costo de obtener y mantener la aceptación del medicamento, o el retorno del capital invertido en investigación

y promoción; en cambio la regalía compensatoria debe ser un monto que genere los incentivos para mantener la investigación, como así también la importancia del medicamento”.⁷

Sin perjuicio de la vaguedad con la que se expresan los documentos internacionales y los criterios interpretativos que pudieran aplicarse a la misma, consideraremos que dicha discusión es ajena al planteo aquí efectuado con la única finalidad de mantener acotado el objeto de estudio.

Hacia una propuesta adecuada de justificación normativa del licenciamiento compulsivo límite al monopolio de la patente

Hasta aquí una descripción de las explicaciones normativas más comunes en relación a los derechos de propiedad intelectual. Pareciera que aún las explicaciones consecuencialistas que brindan argumentos más extendidos sobre los incentivos que mueven a los agentes en el mercado, son insuficientes para explicar el debate sobre medicinas esenciales. Esto quizás se deba a la ausencia de ponderación de ciertos aspectos determinantes del tipo de derecho que estamos estudiando, y que se tratan de abordar a continuación.

El otorgamiento de patentes suele ser particularmente sensibles en materia farmacéutica, en tanto entra en juego un bien esencial para la subsistencia del ser humano como es la salud. Además el debate suele ser particularmente sensible a nivel global, por la diferencia en la dotación inicial de capital invertido en investigación y desarrollo que los distintos actores en juego poseen.

Ello ha llevado a un intenso debate en donde se trata de limitar la existencia de “derechos de propiedad” resultantes de las patentes en base a diferentes argumentos de derechos humanos.

En la siguiente sección intentamos desarrollar algunos argumentos que muestran por un lado la necesidad de desarrollar una teoría que explique las limitaciones de los privilegios existentes en materia de medicinas esenciales y por otro el por qué sostener una dicotomía entre derechos de propiedad intelectual y derechos humanos no es sostenible en el largo plazo.

La existencia de bienes públicos globales

Los bienes públicos globales tienen la particularidad que las características propias de consumo no exclusivo y consumo no rival pueden potencialmente afectar a la totalidad de la población del planeta. La innovación farmacéutica crea conocimiento en forma de nuevas drogas o procesos de producción. Estos conocimientos son costosos de crear, fáciles de copiar y complicados de obtener un beneficio. Desde este punto de vista, la provisión de nuevas respuestas en materia de salud debe resolver los problemas de bienes públicos a nivel global y por tanto se transforman en bienes públicos globales.

Los argumentos clásicos sobre comportamiento estratégico por provisión de bienes públicos asumen normalmente dos tipos de agentes, los cuales buscan maximizar dos tipos de incentivos: el titular de la patente que busca apropiarse de los beneficios de su invención y quien intenta apropiarse de dichos beneficios sin incurrir en el gasto de investigación y desarrollo. En este último caso un argumento de “equidad” suele esgrimirse para lograr la provisión de dicho logro (Gwertz y Rivka, 2004:295-308).

En el caso de la provisión de medicinas esenciales la cuestión resulta ser más compleja, en tanto quienes desarrollan políticas públicas suelen tener incentivos diferentes que aquellos que buscan la provisión de medicamentos. Ello genera la existencia de un juego de tres agentes en donde el rol del agente público normalmente contiene un fuerte componente de miopía institucional que distorsiona las posibilidades de obtener los mejores resultados por parte de los otros actores.

La mayoría de las explicaciones en materia de patentes suponen dos escenarios: el primero consiste en la existencia de un país desarrollador de patentes que abastece su mercado interno, en el cual existen otros agentes con igual capacidad de copia e igual nivel inicial de derechos de propiedad, resultando exógenos cualquier tipo de cuestión igualitaria; y el un segundo escenario de transferencia de tecnología norte-sur donde se asume la existencia poder de mercado por parte de los países desarrollados y donde los países en vías de desarrollo no tienen capacidad para lograr un abastecimiento propio de capital intangible.

La consideración de un bien público global supondría asumir una nueva condición de equilibrio donde quienes se benefician por la existencia de dicho bien deberían contribuir al desarrollo en términos de la cantidad consumida del mismo. La economía pública nos provee dos mecanismos para realizar esta provisión, uno se logra a través de la provisión descentralizada del bien hasta alcanzar una condición de equilibrio de Lindahl (definir en nota al final), la otra opción es a través de la provisión centralizada alcanzando el equilibrio de Bowen IDEM.⁸

La existencia de bienes públicos inter-generacionales

Entendemos que los bienes públicos inter-generacionales son aquellos en los cuales los efectos de las características de no exclusividad y no rivalidad traspasan sus efectos a más de un escenario temporal (Roffe ,2006:219).

En la actualidad, existen posiciones que tienden a mostrar los beneficios de países que tienen políticas de salud pública activas y fuertemente restrictivas de los derechos de propiedad en países tales como Brasil o Tailandia que deben mostrar posiciones más duras en los instrumentos que limitan la protección de la propiedad intelectual sobre medicinas esenciales.

Un argumento que sostiene esta postura se estructura en base a la existencia de externalidades positivas sobre los demás países en desarrollo que podrían verse beneficiados, en tanto las reducciones de precios que se apliquen a un país con fuerte poder de negociación, podrían ser reclamadas por jugadores más débiles. Esta posición sería difícil de sostenerse en el largo plazo. Ello en tanto la existencia de una amenaza en la posibilidad de apropiación de los retornos por investigación y desarrollo generaría una especie de resolución estratégica por inducción inversa cuyo resultado final sería el peor de los escenarios.

Desde este punto de vista, la solución más plausible sería el reconocimiento pleno de los derechos de propiedad de los inventores, y la posibilidad de negociar esquemas de precios diferenciados, en donde los servicios esenciales de salud así lo requieran. Los países emergentes constituyen mercados altamente atractivos para el desarrollo de la industria farmacéutica, pues es

aquí donde hay mayor cantidad de enfermedades para combatir. El mejoramiento de los esquemas sanitarios y de salud, así como el verdadero respeto a los derechos propiedad intelectual, son mecanismos que podrán promover una transferencia de tecnología sostenible en el largo plazo que mejore la infraestructura de salud, y permita promover el desarrollo de industrias intensivas en investigación en los países en vías de desarrollo.

Vale la pena mencionar que como telón de fondo de estos planteos hay que atender la condición de elección inter-temporal, en donde debe decidirse que derechos priorizar, si solamente los de las generaciones actuales o también los derechos de las próximas generaciones que habitarán en el planeta, asumiendo que estas últimas serían quienes sufrieran las consecuencias de una disminución de la tasa de invención.

En otras palabras no se puede hablar de una discusión sobre tensiones entre derechos de propiedad vs. Derecho a la salud; sino que debería hablarse de derecho a la salud hoy versus derecho a la salud de las generaciones futuras. Este argumento limita las afirmaciones frente a que el derecho de propiedad debe quedar relegado frente al derecho a la salud. Si los monopolios de las patentes cumplen una función de incentivar la investigación y el incentivo se ataca sin suplantarlo a investigación tendería a decrecer; la consecuencia lógica sería menor producción de bienes basados en investigación intensiva, el costo del desconocimiento de los incentivos hoy es soportado por la siguiente generación.

Los incentivos de los agentes en juego

Para entender las diferentes posiciones sobre el fenómeno que se está examinando debe partirse del análisis tradicional sobre licenciamiento obligatorio en países desarrollados para luego entender las diferencias que existen en el debate sobre transferencias de tecnología norte-sur. Las licencias compulsivas entre países desarrollados son cuestionadas en tanto generan una externalidad positiva para el país que la impone, pues la reducción de precio que produce implica una reasignación de los costos de investigación en las demás naciones desarrolladas. En otros términos, el país desarrollado que

impone una licencia obligatoria no “paga” su parte proporcional en el proceso de innovación generando distorsiones para el comercio internacional, pues crea barreras de protección de la propiedad intelectual en los restantes miembros del proceso de innovación (Borowsky, 2009:128).

Sin embargo, en el marco de países en vías de desarrollo o subdesarrollados, la cuestión resulta más complicada: como la cantidad de tecnología para proteger generalmente es menor, los incentivos suelen apuntar a capturar la tecnología desarrollada y no en cómo proteger la existente (Borowsky, 2009:128-147). Eso en tanto los costos de imitación sean sustancialmente menores a los costos de investigación (Grabowsky, 2002:849-851). Los países menos desarrollados quedan sujetos así a la provisión externa de medicamentos o bien a la dependencia de las donaciones de países desarrollados u organizaciones no gubernamentales. Más aun, las licencias compulsivas han sido consideradas muchas veces como el único mecanismo existente para atender una emergencia de salud pública en dichos países, dada la inexistencia de una red sanitaria u otros mecanismos alternativos que pudiesen contribuir a enfrentar una crisis de salud.

Como ya se ha esbozado existe al menos una posibilidad que las excepciones sobre el derecho de propiedad pudieran tener un costo en la tasa de innovación global sobre medicinas esenciales que afectase a toda la comunidad, sin embargo suele percibirse que la probabilidad de ocurrencia de esa merma es menor en relación a la probabilidad de enfrentar los costos de paliar una crisis de salud por los decisores de política pública; mientras que los beneficios por la limitación al derecho de propiedad suelen recibirse de manera más inmediata. Así, la licencia compulsiva garantiza una transferencia de los costos a algún escenario futuro, con una tasa de interés (que en el caso sería la tasa de innovación) incierta, y cuyo costo sería asumido por todos los jugadores del escenario internacional.

A ello debe sumarse que no es evidente que este tipo de mecanismos asegure un verdadero acceso a los medicamentos, y en consecuencia cumplir con la verdadera teleología del ADPIC; pues para garantizar el mismo deben tenerse en cuenta factores como la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad del producto.⁹

El aumento en la tendencia de los países menos favorecidos a aplicar este tipo de políticas de excepción sobre el derecho de propiedad, debido al rápido descenso de los precios de los medicamentos, trasladando los costos a escenarios futuros, pareciera ser consistente con la miopía institucional con la que pueden moverse quienes planean las políticas públicas en países menos desarrollados, basados en los argumentos de la denominada teoría de la dependencia (Gervais, 2007:16-61).

A favor de una tesis de la ponderación

Cualquier justificación de un esquema de limitación al sistema de monopolios de patentes dependerá de la justificación normativa que se le otorga al derecho de propiedad intelectual. Si se acepta que la normativa vigente sostiene más una postura de tipo consecuencialista por cuanto promueve la investigación y le otorga derecho exclusivo al titular de la misma pero con ciertas limitaciones temporales. Entonces pareciera ser que la función de la protección de las patentes en la propiedad intelectual no es sino otro mecanismo más para mitigar efectos de las fallas de mercado. De ser así, resultaría un instrumento para permitir un desarrollo mayor y podrían dejarse de lado cuando exista otra serie de preferencias de mayor jerarquía - como suele ser el derecho a la salud -, que pudieran verse amenazadas. Sin embargo, de ello no se sigue necesariamente que los sistemas de limitación contenidos en el acuerdo ADPIC sean los más adecuados. Debería revisarse qué serie de mecanismos pueden mantener los incentivos de quienes invierten en investigación en desarrollo, y a la vez asegurar los esquemas de sanidad necesarios para la sociedad. Esta afirmación da lugar a considerar herramientas alternativas tales como el sistema de precios diferenciado o los sistemas de pool de patentes. De hecho, este tipo de esquemas de precios y/o provisión de bienes dan lugar a un comportamiento más transparente por parte de los actores del sistema. Por otro lado, este enfoque evitaría dilemas como el planteo de preferencias excluyentes en donde la única manera de satisfacer el derecho de un sector de la sociedad, es a costa de otro sector de la misma.

Un argumento adicional que abona la necesidad de encontrar un mecanismo que balancee los intereses en juego surge de las mismas normas de derecho positivo vigente, en tanto que el propio acuerdo ADPIC reconoce en su artículo 17 que el tratado debe interpretarse de manera tal que asegure la salud pública desde el punto de vista de la disponibilidad de los medicamentos como desde los incentivos para desarrollar nuevos (Gervais, 2007:16-61). Estas líneas de interpretación llevan a preguntarse por qué es necesario lograr este tipo de balance, y también cómo puede lograrse ese esquema.

La posibilidad de lograr soluciones cooperativas estables - aun cuando las mismas puedan no resultar producto de comportamientos altruistas-, genera mayores niveles de utilidad en el largo plazo para todos los agentes participantes en el juego. Sin embargo, los elevados problemas de coordinación que aparecen en este tipo de situaciones, impiden que este tipo de comportamiento emerja fácilmente sobre todo por las características que posee la provisión de medicamentos, en tanto bienes públicos globales e inter-generacionales.

Lo que sí resulta con mayor claridad es que no parecería prudente generar una regla absoluta para este tipo de tensiones entre preferencias, en tanto la imposibilidad de conocer todos los escenarios posibles torna dificultosa la obtención de una solución eficiente a priori. Al mismo tiempo, podría estimarse necesario que se respeten los esquemas de legalidad básicos correspondientes contemplados ante cualquier limitación de derechos, dado que será allí donde podrán eliminarse problemas de información y determinar la solución que mejor proteja los intereses en juego de los actores intervinientes, en función de la intensidad con la que los derechos se encuentren afectados. Ello no es un tema menor ya que estos puntos no se han puesto en práctica en los casos que se han presenciado hasta el momento. Así, por ejemplo, cabe preguntarse por qué la decisión del otorgamiento de una licencia compulsiva suele otorgarla un órgano administrativo y no un juez, y por qué en los casos existentes las compensaciones otorgadas nunca fueron recurridas a la justicia.¹⁰

Conclusiones

Se ha intentado mostrar que el derecho de propiedad intelectual, al menos en lo atinente al caso de las patentes, puede tener una mejor explicación desde la justificación consecuencialista. Las legislaciones vigentes parecen alinearse más en esa posición, ya que su finalidad es incentivar la actividad inventiva en aquella dirección que se considera de alguna manera más provechosa para la sociedad.

La solución que propone el sistema actual de patentes de invención es una solución sub-óptima necesaria para solucionar problemas de fallas de mercado, sin que de ello se siga que el otorgamiento de monopolios será siempre la mejor solución al caso.

Si se acepta que la normativa vigente sostiene más una postura de tipo consecuencialista por cuanto promueve la investigación y le otorga derecho exclusivo al titular de la misma pero con ciertas limitaciones temporales, entonces pareciera ser que la función de la protección de las patentes en la propiedad intelectual no es sino otro mecanismo más para mitigar los efectos de las fallas de mercado. De ser así, resultaría un instrumento para permitir un desarrollo mayor y podría dejarse de lado cuando otra serie de preferencias de mayor jerarquía - como el derecho a la salud- así lo exija.

Si los monopolios de las patentes cumplen una función de incentivar la investigación y el incentivo se ataca sin suplantarlo, la investigación tendería a decrecer; la consecuencia lógica sería una menor producción de bienes basados en investigación intensiva, y el costo del desconocimiento de los incentivos será soportado por la siguiente generación.

La posibilidad de lograr soluciones cooperativas estables genera mayores niveles de utilidad en el largo plazo para todos los agentes participantes en el juego. Sin embargo, los elevados problemas de coordinación que aparecen en este tipo de situaciones impiden que este tipo de comportamiento emerja fácilmente.

Para una ponderación adecuada de los derechos en juego parece necesario que se respeten los esquemas de legalidad básicos correspondientes, contemplados ante cualquier limitación de derechos, dado que será allí donde

podrán eliminarse los problemas de información y determinar la solución que mejor proteja los intereses en juego de los actores intervinientes, en función de la intensidad con la que los derechos se encuentren afectados.

NOTAS

- 1 El trabajo toma sólo dos posibles explicaciones de la propiedad intelectual. Estas no son las únicas, aunque pueden considerarse las más tradicionales. Otras explicaciones posibles pueden encontrarse en fundamentos libertarios o bien igualitarios.
- 2 Esto no justifica que los monopolios legales sean la solución menos costosa para la sociedad. Esta discusión es ajena al presente trabajo.
- 3 Art. 17 CN: "...todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley".
- 4 Para las diversas justificaciones económicas del sistema de patentes véase Posner y Landes (2003). También puede encontrarse una buena justificación en Cooter y Ulen (2001, Cap V. 1-b). Una visión más moderna se encuentra en Shapiro y Lemley (2004).
- 5 La Suprema Corte de los Estados Unidos en el fallo *Mazer v. Stein* sostuvo que: "La filosofía detrás de la cláusula que faculta al Congreso a garantizar el derecho de patentes y *copyrights* es la convicción respecto de la cual premiar el esfuerzo individual buscando a través de las ganancias personales es la mejor manera de lograr el avance del bienestar público mediante la creatividad de los autores e inventores...." 347 US. 201 (1954).
- 6 Los medicamentos que figuran en la Lista Modelo OMS de Medicamentos Esenciales se seleccionan atendiendo a la prevalencia de las enfermedades y a su seguridad, eficacia y costo-eficacia comparativa. Como el costo de los medicamentos cambia con el tiempo, el precio de un medicamento no es motivo para excluirlo de la Lista Modelo de la OMS, siempre que cumpla los demás criterios de selección estipulados. Las comparaciones de costo-eficacia se hacen con medicamentos alternativos del mismo grupo terapéutico. Las solicitudes de inclusión, cambio o supresión de medicamentos de la Lista Modelo se presentan al secretario del Comité de Expertos en Selección y Uso de Medicamentos Esenciales. Este Comité es el encargado de examinar los datos aportados en esas solicitudes y decidir si se incluye o suprime un medicamento. El Comité de Expertos también identifica las lagunas de conocimientos y hace recomendaciones sobre investigaciones futuras que puedan ser necesarias acerca de medicamentos para tratar problemas de salud prioritarios. Se examina la posibilidad de suprimir un medicamento de la Lista Modelo de la OMS cuando hay dudas sobre su importancia para la salud pública y/o su eficacia, seguridad o costo-eficacia en comparación con otros medicamentos disponibles para tratar la misma afección (OMS, 2010).
- 7 "The law in Canada differs from that applicable in England under the corresponding section of the Patent Act. The Canadian law does not give the patentee any guarantee that it shall

derive a reasonable advantage from its patent rights. In Canada the Commissioner must have regard to the desirability of making medicine available to the public at the lowest possible price consistent with giving the patentee due reward for the research leading to the invention. The Commissioner is not required to take into consideration such elements as the cost of obtaining and maintaining medical acceptance of the drug or a return on the capital employed in research and promotion. The royalty should take into account that it should be commensurate with an amount that will maintain research incentive and will reflect the importance of the medicine"... "The submission of the appellant as to royalty springs from a misunderstanding of what a patentee is entitled to by way of remuneration on the grant of a licence under s. 41(4) of the Act. A patentee, of a patent subject to licence under the section, does not have an unassailable complete monopoly right. Being subject to a licence in favour of anyone who can comply with the section is not a monopoly upon which a massive commercial enterprise may be built and afforded protection. The area of protection available for an invention falling under the section is considerably less than is obtainable for other inventions. The compensation to be paid to a patentee under the section is a reasonable sum for the value of the use of an invention having some intrinsic value. It is the advantage that the medicine being licensed has over known medicines and a known way of making them, that more than anything else, is the basis for assessing an amount to be paid as royalty. The compensation upon the privilege of competing with the patentee and diversion to the licensee business of which the patentee might otherwise have had a monopoly. The compensation is not equivalent to damages for infringement nor the profits which the licence may make through the use of the invention. It is not compensation for the interference with the business of the patentee if left with the market to himself. In fixing compensation, the Commissioner must ensure that the royalty will be consistent with the maintenance of research incentive and the importance of both the substance and the process. These are considerations to be borne in mind by the Commissioner when weighing the other facts before him as to the value of the use to be made by the licensee of the invention. The matter cannot be looked upon or calculated arithmetically", (Suprema Corte de Justicia de Canadá, 1970).

- 8 Los equilibrios de Lindhal y Bowen son mecanismos para determinar la provisión óptima de bienes públicos, y en consecuencia lograr una asignación eficiente de los mismos a través de bienes o precios personalizados o de soluciones descentralizadas. Una descripción formal sobre los equilibrios en la provisión de bienes públicos puede encontrarse en Gareth Myles (2008).
- 9 Para la descripción de cada uno de estos conceptos puede verse Ayna Smith (2007).
- 10 Todos estos casos resultan de los hechos que rodearon los casos de las licencias compulsivas en Brasil, Tailandia, y Ecuador, entre otros.

REFERENCIAS

- Anderson, Horace, 2010, "We can work it out. Co-Op Compulsory Licensing" Versión preliminar disponible en www.ssrn.com
- Attas, Daniel, 2008, "Lockean Justificación of Intellectual Property", en Gosseries, Marciano y Strowel (Op. Cit.).
- Bensadon, Martín, 2007, *Ley de patentes comentada y concordancia con el ADPIC y el Convenio de París*, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis.
- Borowsky, Samuel M., 2009, "Saving Tomorrow from Today. Preserving Innovation in the Face of Compulsory Licensing", *Florida State University Law Review*, Vol. 36, 275.
- Chafuen, Alejandro, 2003, *Faith and Liberty*, New York, Lexington Books.
- Chien, Colleen V., 2004, "Cheap Drugs at What Price to Innovation: Does Compulsory Licensing of Pharmaceutical Hurt Innovation?", *Berkley Technology Law Journal*, Vol. 18.
- Cooter, R. y Ulen, D., 2001, *Derecho y Economía*, FCE.
- Demsetz, Harold, 1967, "Toward a theory of Property Rights", *American Economic Review*, Vol. 57 (2), 347-359.
- Fellmand, Allan y Serrano, Roberto, 2004, *Welfare Economics and Social Choice Theory*, The Netherlands, Springer.
- Gervais, Daniel, 2007, *Intellectual Property Trade And Development*, Oxford, Oxford University Press.
- Gordon, Wendy, 2003, "Intellectual Property", en *The Oxford Handbook of Legal Studies*, Peter Cane y Mark Tushnet (comp.), Oxford: Oxford University Press, pp. 617-646.
- Gosseries, Axel, Alain Marciano y Alain Strowel, (comp.), 2008, *Intellectual Property and Theories of Justice*, UK, Palgrave.
- Grabowsky, Henry, 2002, "Patents, Innovation and Access to New Pharmaceuticals", *Journal of International Economic Law*, 5 (4): 849-860.
- Gwertz, Nevin y Amado Rivka, 2004, "Intellectual Property and the Pharmaceutical Industry: A Moral Crossroad Between Health and Property", *Journal of Business Ethics*, 55, pp. 295- 308.
- Lemley, Mark A., 2005, "Property, Intellectual Property, and Free Riding", *Texas Law Review*, 83, pp. 1031-1065.
- Lenk, Christian, Niels Hoppe y Robert Andorno (comp.), 2007, *Ethics and Law of Intellectual Property: Current problems in politics, science, and technology*, Aldershot, Hampshire, England/Burlington, VT, Ashgate.

- Lippoldt, Douglas, s/f, “¿La existencia de derechos de propiedad intelectual más fuertes, mejora el acceso a bienes (y servicios) en los países en desarrollo?”, Inédito.
- Lomansky, Loren, 1987, *Persons, Rights, and the Moral Community*, Oxford, Oxford University Press.
- Menell, Peter, 2000, “Intellectual property: General Theories”, en *Encyclopedia of Law and Economics*, The Netherlands, Edward Elgar.
- Myles, Gareth, 2008 (1995), *Public Economics*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Nozick, Robert, 1974, *Anarchy, State and Utopia*, New York, Basic Books.
- Organización Mundial de la Salud, 2010, “Medicamentos: medicamentos esenciales”, Centro de prensa, Nota descriptiva N° 325, en <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs325/es/index.html>
- Organización Mundial de la Salud, 2011, “Essential Medicines and Pharmaceutical Policies”, en www.who.int/medicines
- Organización Mundial del Comercio, 2001 (1995), “Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio”, en http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.doc
- Organización Mundial del Comercio, 2001, “Declaración relativa al acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública” (Declaración Ministerial de Doha), en http://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min01_s/mindecl_trips_s.html
- Organización Mundial del Comercio, 2002, “Los acuerdos de la OMC y la salud pública”, Comunicado de prensa N° 310, en http://www.wto.org/spanish/news_s/pres02_s/pr310_s.htm
- Pigou, A., 1924, *The Economics of Welfare*, London, MacMillan.
- Posner, Richard, y Willam Landes, 2003, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Cambridge, Harvard University Press.
- Roffe, Pedro, 2006, *Negotiating Health, Intellectual Property and Access to Medicines*, London, Earthscan.
- Santo Tomás de Aquino, *Summa Theologica*, II-II-66,2, en <http://hjj.com.ar/sumat/c/c66.html>
- Scherer, F. M., 1977, “The Economic Effects of Compulsory Patent Licensing”, citado por Chien (2004).
- Shapiro, Carl, y Lemley, Mark, 2004, “Probabilistics Patents”, John Olin Center of Law and Economics, Stanford Law School, Working Paper N° 288.
- Smith, Alyna, 2007, “Intellectual Property Rights and the Right to Health: Considering the Case of Access to Medicines”, en Lenk, Hoppe y Andorno (Op. Cit.).

- Spector, Horacio M., 1987, "Lineamientos de una teoría justificatoria de los derechos de propiedad intelectual e industrial", *Revista de Derechos Intelectuales* N° 3.
- Sterckx, Sigrid, 2004, "Patents and Access to Drugs in Developing Countries: an Ethical Analysis", *Developing World Bioethics*, Vol. 4, N° 1.
- Suprema Corte de de Justicia de los Estados Unidos, 1954, *Mazer v. Stein*, 347 US. 201.
- Suprema Corte de Justicia de Canadá, 1970, *Frank W. Horner Ltd. v. Hoffmann-La Roche Ltd.*, 61 C.P.R. 243, en <http://www.cptech.org/ip/health/c/canada/horner-appeal.html>
- Vidaurreta, Guillermo, 2005, "El programa de Doha en materia de derechos intelectuales: análisis retrospectivo y agenda pendiente de cara a Hong Kong 2005", *Cuadernos de propiedad intelectual*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc.

UN MUNDO SIN MARCAS REGISTRADAS*

*Facundo Rojo***

“Una vez que entiende una obra mía, usted se apodera de ella. No hay manera de que yo pueda trepar a la cabeza de alguien y quitársela”.

Lawrence Weiner¹

Resumen: En este artículo imagino un mundo sin marcas registradas y evalúo si dicho mundo sería justo desde tres puntos de vista: el de los liberales basados en derechos naturales, el de los utilitaristas y el de los libertarios. Encuentro buenas razones utilitaristas y libertarias para aceptar la idea de un mundo sin marcas registradas, y sostengo que hay buenas razones para abandonar ciertas posturas basadas en los derechos naturales, al ser contrarias al derecho individual a decidir cómo disponer de la propiedad y del propio cuerpo.

Abstract: In this article I imagine a world without trademarks, and I evaluate whether such world would be just from three perspectives: that of hat of liberals based on natural rights, that of utilitarians and that of libertarians. I find good utilitarian and libertarian reasons to accept the idea of a world without trademarks, and I argue that there are good reasons for abandoning certain positions based on natural rights, which are contrary to the individual right to decide how to dispose of our property and our body.

* Quisiera agradecer a Martín Hevia y Ezequiel Spector, profesores en la Universidad Torcuato Di Tella, por sus valiosos comentarios y críticas sobre este trabajo.

** Abogado (UTDT). Profesor Ayudante de Fundamentos del Derecho Privado, de Obligaciones y de Filosofía Moral (Universidad Torcuato Di Tella). Profesor Ayudante de Análisis Económico del Derecho (Universidad de Buenos Aires). E-mail: facundomrojo@gmail.com

Introducción

En este trabajo, intentaré mostrar que un mundo sin marcas registradas sería justo, desde varios puntos de vista. Comenzaré por explicar brevemente cuáles son las distintas posturas sobre la justificación de los derechos de propiedad intelectual, por qué los utilitaristas y algunos liberales basados en el argumento de los derechos naturales apoyan los derechos de propiedad intelectual, y por qué la mayoría de los libertarios se opone a éstos.

En la primera parte, me dedicaré exclusivamente a analizar cómo funcionaría un mundo sin marcas registradas, basándome en el argumento de Stephan Kinsella expuesto en su artículo “Against Intellectual Property” (2001).² Propondré una versión mejorada del argumento de Kinsella, para explicar cómo debería funcionar un mundo sin marcas registradas.

En la segunda parte, expondré las principales objeciones que podrían hacerse a mi propuesta y las intentaré refutar.

En la tercera parte, mostraré que un mundo sin marcas registradas como el que yo propongo sería justo desde el punto de vista libertario. Por lo tanto, los libertarios tendrían buenas razones para abandonar la postura de Kinsella y adherir a mi propuesta. También mostraré que los utilitaristas deberían, al menos, considerar mi propuesta de abolición del sistema de marcas registradas ya que, en principio, ello sería eficiente. Esto no implicaría el abandono, por parte de los utilitaristas, de su defensa de la totalidad de los derechos de propiedad intelectual, sino meramente el abandono de su defensa del derecho a registrar las marcas.

Finalmente, anticipo porqué los liberales basados en derechos naturales que defienden la propiedad intelectual estarían en contra de mis argumentos, si bien considero existen buenas razones a favor mío para que abandonen su postura.

En la conclusión, realizaré una evaluación final de mi propuesta de abolición de las marcas registradas.

¿Están justificados los derechos de propiedad intelectual?

Hoy en día, en la mayoría de los países, como los Estados Unidos o la Argentina, una persona que tiene una idea (acorde con los requisitos que establece la legislación de cada país) puede registrarla y así evitar que los demás saquen provecho de dicha idea. Sin embargo, existen autores que sostienen que el derecho a registrar una idea y, por lo tanto, a excluir a los demás de su uso, no está justificado.

En esta parte del trabajo explicaré brevemente cuáles son las posturas a favor y en contra del derecho a la propiedad intelectual.

El derecho a la propiedad intelectual está justificado: postura utilitarista y postura basada en derechos naturales

Existen, básicamente, dos tipos de justificaciones del derecho que tienen los individuos a registrar sus ideas, excluyendo a todos los demás de su uso, durante un tiempo determinado por la ley.

La primera justificación de los derechos de propiedad intelectual está basada en los derechos naturales. Según esta postura, la justificación de la protección de las ideas depende de la justificación de la propiedad privada. Kinsella cita a Tom Palmer, quien considera que, dado que uno es el propietario de su trabajo, “uno también tiene un derecho natural sobre el fruto de su trabajo. Desde este punto de vista, del mismo modo en que uno tiene un derecho sobre los cultivos que plantó, uno también tiene un derecho sobre las ideas que generó o la obra que uno produjo” (Palmer, 1990:819). En líneas similares, Kinsella cita a Ayn Rand, quien sostiene que “las patentes y el copyright son la implementación de la base de todos los derechos de propiedad: el derecho del individuo al producto de su mente” (Rand 1967:130).

Por su parte, Kinsella explica el argumento a favor de los derechos de propiedad intelectual basado en derechos naturales (que él no comparte) de la siguiente forma: “Un individuo crea un soneto, una canción, una escultura, empleando su propio trabajo y su cuerpo. Él tiene, pues, derecho a ‘poseer’ estas creaciones, porque son el resultado de otras cosas de las que él es

‘dueño’” (Kinsella, 2001:10). Al respecto, Kinsella nos recuerda que, mucho tiempo atrás, Lysander Spooner había imaginado cómo sería el mundo si las personas no tuvieran derechos de propiedad sobre sus ideas: “Si las ideas que un hombre produjo no fueran reconocidas por el derecho como suyas, sino que pertenecieran igualmente a las demás personas, éstas tendrían derecho a exigirle imperativamente que les d sus ideas, sin compensación; y sería justo y correcto que ellas lo castiguen como a un criminal si se rehusara a hacerlo” (Spooner, 1971 (1855):19).

La segunda justificación de los derechos de propiedad intelectual es utilitarista. Según esta postura, la razón por la cual es justo que los individuos tengan derecho a registrar sus ideas, excluyendo a los demás del uso de dicha idea, consiste en que esta protección genera resultados socialmente deseables (más deseables que cualquier otra alternativa posible). Si cada individuo sabe que, si tiene una idea útil, sólo él podrá sacar provecho de dicha idea durante un tiempo determinado, entonces tendrá más incentivos para dedicarle su tiempo a generar ideas útiles que si dicha idea pudiera ser copiada por todos los demás. En este sentido, se puede decir que, al registrar una idea útil, uno es recompensado por el Estado con el goce de un monopolio temporáneo en la explotación de dicha idea. Esta recompensa genera incentivos para que los individuos decidan dedicar más tiempo a pensar ideas útiles. Mientras más individuos tengan ideas útiles, mayor será el bienestar general, en principio. Por lo tanto, recompensar a los inventores o autores con un monopolio temporal es, en principio, algo socialmente deseable.

Al respecto, Richard A. Epstein imagina un mundo sin derechos de propiedad intelectual y opina lo siguiente sobre este mundo: “Con respecto a las canciones y las máquinas, ¿quién asumirá los costos de inventarlas si los demás podrían beneficiarse personalmente de dichos inventos con impunidad? No se necesita tener una creencia cínica sobre el efecto corrosivo del auto-interés para creer que pocas personas trabajarían para hacer que sus vecinos y competidores estén mejor que ellas mismas. A menos que existan fuertes derechos de propiedad intelectual, el free-riding destruirá la innovación” (Epstein, 2006:7). Este autor, entonces, propone lo siguiente: “El uso de una legislación explícita e instituciones públicas es un coste

añadido de la propiedad intelectual. Pero parece plenamente justificado a la luz de los enormes avances técnicos y literarios que no ocurrirían en su ausencia.” (Epstein, 2006:7)

El derecho a la propiedad intelectual no está justificado: postura libertaria

Contrariamente a las posturas expuestas hasta aquí, varios autores libertarios (como el mismo Kinsella) consideran que el derecho a la propiedad intelectual no está justificado.

Estos autores sostienen que no está justificado que los individuos tengan derecho a registrar sus ideas con el Estado para que éste luego, coercitivamente, impida a los demás sacar provecho de dicha idea, como sucede hoy en día.

La razón por la cual estos autores libertarios sostienen que el autor o inventor no puede obligar, coercitivamente (mediante el Estado), a los demás a no copiar su idea es la siguiente: el autor, o el inventor, no tiene un derecho de propiedad sobre su idea. Dado que no tiene un derecho de propiedad sobre su idea, entonces no puede excluir forzosamente a los demás de que también saquen provecho de dicha idea. Lo único que puede hacer el autor, o el inventor, es lograr que, voluntariamente, los demás decidan abstenerse de sacar provecho de dicha idea. Por lo tanto, la única manera que tendrían los autores, o inventores, de evitar que los demás copien sus ideas es mediante contratos en los que los demás se comprometan a abstenerse de copiar las ideas del autor o inventor. Según Kinsella, para objetos ideales, “la única protección posible es la que se obtiene a través de derechos personales, es decir, contratos” (Ibid., p. 24).

Según esta postura, los autores o inventores no tienen un derecho de propiedad sobre sus ideas ya que los derechos de propiedad privada sólo están justificados para bienes escasos y tangibles.

Kinsella sostiene que es la escasez de los bienes tangibles (el hecho de que pueda existir un conflicto entre varios individuos por la propiedad de ese objeto) lo que justifica que se necesiten reglas éticas para atribuirle el bien a alguien (Ibid., p. 19)

Cuando los bienes no son escasos, no tiene sentido la propiedad privada, ya que no es necesario establecer un criterio justo para distribuir los bienes, puesto que existe una infinidad de bienes idénticos y sumamente fáciles de conseguir. No existe la posibilidad de conflicto entre varios individuos por el mismo bien.

Cuando los bienes no son tangibles, no tiene sentido la propiedad privada, ya que no se puede excluir a los demás del uso de un bien no tangible y, además, el uso del bien no tangible por una persona no impide que los demás lo puedan usar plenamente también, al mismo tiempo. Por lo tanto, tampoco tiene sentido establecer un criterio justo para distribuir estos bienes.

Finalmente, para tomar un bien no tangible de otra persona, no hace falta iniciar el uso de la agresión física contra ésta, como sí lo hace falta para tomar los bienes tangibles de otras personas. Por lo tanto, uno podría, pacíficamente, tomar bienes no tangibles de otras personas. Si yo, caminando por la calle, viera en una esquina una chimenea de una fábrica con un diseño más eficiente que el de mi chimenea, podría, sin iniciar el uso de la fuerza física, decidir aplicar en mi fábrica ese mismo diseño de chimenea.

Las ideas, por naturaleza, no son bienes escasos ni tangibles, ya que el hecho de que alguien use una idea ajena no impide al creador original utilizarla él también: todos podrían usar una misma idea simultáneamente, sin agredirse entre sí. Por lo tanto, las ideas no deberían ser protegidas con derechos de propiedad, según la postura libertaria.

El problema de la propuesta de Kinsella sobre las marcas registradas

En su artículo de 2001, Stephan Kinsella intenta analizar cómo funcionaría, en un mundo sin derechos de propiedad intelectual, la protección de los derechos de autor, las patentes, el secreto industrial y las marcas (que son los principales tipos de propiedad intelectual normalmente protegidos por los sistemas legales actuales).

En este trabajo, me concentraré exclusivamente en el caso de las marcas. Kinsella define una marca registrada como

una palabra, frase, símbolo o diseño utilizado para identificar la fuente de bienes o servicios vendidos, y para distinguirlos de los bienes o servicios de terceros. Por ejemplo, la marca Coca-Cola® y el diseño que aparece en las latas de refrescos los identifica como productos de dicha sociedad, distinguiéndolos de sus competidores, como Pepsi®. Principalmente, el derecho de marcas impide que los competidores “infrinjan” una marca existente, por ejemplo, usando marcas “confusamente similares” para identificar sus propios productos y servicios. A diferencia de los derechos de autor y las patentes, los derechos de marca pueden durar indefinidamente si el propietario sigue utilizando la marca (Ibid., p. 6)

Por lo tanto, una marca no es más que la idea que tuvo una persona de utilizar una cierta palabra o logo para identificar un cierto producto. Al registrar una marca, el creador logra impedir que los demás utilicen la misma marca (o una “confusamente similar”) para vender sus productos.

En esta parte del trabajo, criticaré el argumento de Kinsella en el que explica cómo deberían funcionar las marcas en un mundo que él considera justo, sin derechos de propiedad intelectual. Explicaré que un mundo sin marcas registradas como el que propone Kinsella no sería justo y propondré un mundo alternativo, sin marcas registradas, en el que sí se respetarían los criterios libertarios de justicia.

Para explicar por qué la actual protección al derecho a registrar las marcas es injusta y cuál sería la solución justa, Kinsella utiliza el siguiente ejemplo:

Un lachmanniano cambia el nombre de su desastrosa cadena de hamburgueserías de LachmannBurgers a RothbardBurgers, que es el nombre ya existente de otra cadena de hamburgueserías, con prestigio.

Un consumidor desea comprar una RothbardBurger (porque ya sabe que tienen buen sabor), al ver un local de RothbardBurgers, ignorando que se trata de un falso local, compra allí una hamburguesa.

Bajo la ley actual, el “propietario” original de la marca RothbardBurgers podría impedir que el imitador lachmanniano venda sus hamburguesas bajo la misma marca, ya que es “confusamente similar” a su propia marca.

Según Kinsella, al copiar el nombre de una marca ya existente, el lachmanniano no viola ningún derecho del creador de las “auténticas” RothbardBurgers, ya que no está justificado el derecho de propiedad sobre las ideas, y las marcas son ideas. Lo que sí sucede en este caso, según Kinsella, es que el consumidor que quiere comer una RothbardBurger, porque sabe que tienen buen sabor, puede comprar la hamburguesa en un falso local de RothbardBurgers y verse así dañado ya que, en lugar de comprar una sabrosa hamburguesa RothbardBurger, compraría una horrible imitación. En este caso, según Kinsella, habría un incumplimiento contractual y fraude, atribuible al imitador, que prometió vender una hamburguesa RothbardBurger (con el prestigio que esto implica), pero vendió una peor. Por lo tanto, según Kinsella, son los consumidores los que deberían poder demandar a los imitadores, por incumplimiento contractual, al vender productos con marcas “confusamente similares” a otras ya existentes (Ibid., p. 43-44).

Creo que Kinsella resuelve erróneamente este ejemplo. Si es cierto que no están justificados los derechos de propiedad sobre los objetos ideales no tangibles, y dado que las marcas son objetos ideales no tangibles, entonces todos los vendedores deberían tener derecho a utilizar una misma marca para vender sus productos. Por lo tanto, cualquier vendedor debería tener un derecho, una “carta de triunfo”, a utilizar una marca “confusamente similar” a otra ya existente. Cualquier vendedor tendría derecho a vender hamburguesas RothbardBurgers, ya sean de buen o mal sabor. De este modo, ya no existirían hamburguesas RothbardBurgers “auténticas” y RothbardBurgers de imitación: todas las hamburguesas de esa marca serían, en este mundo hipotético, auténticas. Sí existirán, en este mundo, hamburguesas con la misma marca, pero con diferentes características. Por ejemplo, podría existir un local de RothbardBurgers en la avenida X que venda hamburguesas de buen sabor, y otro local RothbardBurgers en la avenida Y, que venda hamburguesas de mal sabor. Por lo tanto, el consumidor que quisiera comprar una RothbardBurger confiando en que por llevar determinada marca la hamburguesa tendrá buen sabor no podrá saber de antemano si ésta tendrá, de hecho, buen sabor. Si el consumidor decidiera, sin más, comprar una RothbardBurger, estaría asumiendo el riesgo de que le toque una hamburguesa

de mal sabor y no podría reclamarle nada al vendedor, que estaría legítimamente vendiendo sus productos bajo el nombre que él desea.

Por lo tanto, en un mundo sin derechos de propiedad intelectual, no sería prudente el consumidor que se guía exclusivamente por el nombre de una marca al momento de comprar un producto, como lo hace hoy en día. El consumidor debería saber que todos los vendedores tienen derecho a vender productos bajo la marca que desean, y que por lo tanto es él quien tiene la carga de averiguar si el producto que está por comprar es realmente el que busca o no. Si el consumidor no preguntara, antes de comprar, si se trata de una RothbardBurger de buen sabor (o cualquier característica que él esté buscando), entonces no podrá demandar al vendedor (por incumplimiento contractual o fraude) si luego de comerla no está satisfecho.

Un caso interesante podría ser una variante del caso de Kinsella, en la que el imitador lachmanniano vende una hamburguesa bajo una marca “confusamente similar” a RothbardBurgers, pero igualmente sabrosa que la que el consumidor quería comprar. En este caso, si lo que le interesaba al consumidor era comer una hamburguesa de buen sabor (y por eso la compró en un local de RothbardBurgers: confiando, imprudentemente, en el nombre de la marca), entonces de ningún modo hay incumplimiento contractual por parte del vendedor, ya que efectivamente le vendió una hamburguesa rica.

Sin embargo, si lo que le interesaba al consumidor era otra característica de la hamburguesa, que la imitación que compró no tenía, entonces él debería haber preguntado de antemano si se trataba de una hamburguesa con esa característica o no. Por ejemplo, si el consumidor quería comprar la RothbardBurger porque está a la moda comprarlas, pero al comprar la imitación no consiguió estar a la moda, entonces, si el vendedor nunca le garantizó que sus hamburguesas eran las que estaban a la moda, el consumidor no podrá reclamarle nada. De ningún modo debe hacerse cargo el vendedor de las preferencias del consumidor *ex ante*, ya que el vendedor tiene derecho a vender sus hamburguesas bajo el nombre que quiera, sin la obligación de conocer cuáles son las expectativas que le genera a cada consumidor la marca que él usa para vender sus productos.

Nuevamente, en un mundo sin derecho a registrar las marcas, lo justo sería que sean los consumidores los que de antemano pregunten todo lo que quieran saber acerca del bien que están por comprar, sin confiar en el hecho de que el producto lleve una determinada marca.

Al preguntarle al vendedor, los consumidores obligan a los vendedores a comprometerse contractualmente con sus respuestas. Si el vendedor miente al responder las inquietudes del consumidor, será responsable por incumplimiento contractual. Por ejemplo, en este caso, si el consumidor quisiera la hamburguesa para estar a la moda (pero no por su sabor), deberá preguntarle al vendedor si la hamburguesa es o no la que está de moda. Si el vendedor le contesta que es sí, pero miente, el comprador luego podrá demandarlo por incumplimiento contractual o fraude.

Creo que la solución que acabo de proponer es más compatible con la idea de que los conflictos en el uso de marcas deben resolverse de forma contractual, que la solución propuesta por Kinsella.

En la propuesta de Kinsella, se presupone que quien compra un bien de una marca determinada lo hace basándose en el prestigio de esa marca y por lo tanto, si el vendedor no logra satisfacer esas expectativas que se presupone que tiene un consumidor, entonces deberá hacerse cargo por incumplimiento contractual. En cambio, en mi propuesta evito que se presuponga que el vendedor debe conocer cuáles son las motivaciones que tiene el consumidor al momento de comprar el producto. Como todos los vendedores tienen derecho a vender sus productos bajo la marca que quieran, entonces el comprador deberá expresar, antes de comprar, cuáles son las expectativas que tiene con respecto a la compra del producto, para obligar contractualmente al vendedor.

De este modo, los vendedores ya no estarían obligados *ex ante*, con respecto a los consumidores, a vender sus productos con una determinada calidad, por el mero hecho de que estén vendiendo una marca determinada. En mi propuesta, los vendedores deben comprometerse contractualmente para estar obligados. Esta postura parece más compatible con la idea de libertad libertaria.

Respuesta a las posibles críticas a mi propuesta

Alguien podría sostener que mi propuesta, en la que son los consumidores quienes deben hacerse cargo de la incertidumbre generada por la libertad de vender productos con marcas “confusamente similares”, generaría como consecuencia un mundo poco plausible.

Como los consumidores ya no podrán confiar en el prestigio de las marcas, ahora deberán averiguar por su cuenta cuáles son las características de los productos que están comprando. Esto podría desincentivar el consumo ya que, para el consumidor, averiguar si el producto es exactamente el que desea puede tornar excesivamente elevados los costos de transacción para efectuar una compra determinada. Por ejemplo, puede ser demasiado costoso para el consumidor saber cuáles son todas las preguntas relevantes que debe hacerle a cada vendedor antes de comprar un determinado bien, de modo de deshacerse de su responsabilidad en caso de insatisfacción.

Creo que esta crítica no es válida, ya que los vendedores tendrán incentivos para facilitar a los consumidores la información relevante. Serán, en muchos casos, los vendedores quienes se obliguen ellos mismos a garantizar ciertas cualidades de sus productos, incluso si los consumidores no preguntan.

En el caso de las RothbardBurgers, el vendedor de productos de buen sabor tendrá incentivos para él mismo comprometerse a vender hamburguesas ricas, ya que sabe con certeza que sus hamburguesas son ricas y que, por lo tanto, no incumplirá su promesa. En cambio, los vendedores de RothbardBurgers de mal sabor no podrán ofrecer una garantía de de buen sabor, ya que saben que sus hamburguesas no son ricas, y no tendrán incentivos para prometer algo que luego no cumplirán, ya que podrían ser demandados por incumplimiento contractual.

De este modo, cada vendedor tendría incentivos para comprometerse a revelar de antemano toda la información sobre las cualidades que puede garantizar acerca de su producto. Así, los consumidores interesados en una cualidad específica le comprarán sólo a aquellos vendedores que puedan garantizar esa cualidad. Por lo tanto, los consumidores en este

mundo no deberían guiarse por conceptos vagos como “el prestigio” de una marca, sino que se guiarían por las garantías específicas que ofrece cada vendedor.

Imaginemos el siguiente ejemplo: en un mundo como el que propone Kinsella, yo quiero comprar una camisa que pretendo usar casi a diario. Para mí, es condición suficiente y necesaria que la camisa no se destiña al lavarse. Como estoy dispuesto a gastar mucho dinero en esta camisa, decido comprar una de una marca prestigiosa. Al comprar la camisa, no me doy cuenta de que en realidad compré una imitación. No obstante, esta imitación es, casualmente, más resistente a los lavados que la camisa original, que no hubiera resistido ni a un solo lavado. Como yo confiaba ciegamente en el prestigio de la marca, no averigüé *ex ante* si esa camisa era resistente a muchos lavados (que era la cualidad que a mí me interesaba). A la semana de uso, me percaté de que la camisa se agrandó 10 centímetros por la cantidad de uso que le daba. Para mí no era importante, al momento de la compra, el hecho de que la camisa fuera demasiado “elástica”, pero de todos modos decido demandar al vendedor por incumplimiento contractual alegando, hipócritamente, que “no se puede tolerar que una marca prestigiosa venda camisas que se agrandan por el uso: los vendedores de marcas prestigiosas garantizan, implícitamente, que las camisas no se agrandarán.”

En este caso, parecería que el comprador estaría aprovechándose del vendedor al demandarlo: el vendedor satisfizo al comprador con el producto (ya que la camisa no se destiñó), pero luego, de forma oportunista, el comprador se aprovechó de la vaguedad de las reglas de juego para demandar al vendedor.

En cambio, si la carga de averiguar las cualidades de los productos la tuviera el consumidor, este caso se resolvería de la forma justa. Yo, el consumidor, en principio debería preguntarle al vendedor si su camisa se destiñe fácilmente (que es la única cualidad que yo considero relevante), sin guiarme por la marca de la camisa. Seguramente, como el vendedor ya sabe que su camisa no se destiñe fácilmente, ya habría puesto en el local un cartel (o algún aviso similar) garantizando que las camisas no se destiñen (y seguramente este cartel enumeraría todas las cualidades que el vendedor garantiza). Por lo

tanto, yo compraría la camisa tranquilamente, y el vendedor también estaría tranquilo de que yo no lo demandaré luego por cuestiones que él jamás me garantizó.

Es cierto que, en la vida real, no nos interesa exclusivamente una cualidad de los productos que compramos. No obstante, esto no cambia la solución al caso hipotético recién explicado: si yo quisiera comprar una camisa que cumpla, necesariamente, con veinte requisitos, iría al local de camisas que prefiera y miraría en el cartel (o le preguntaría al vendedor) si esos veinte requisitos que me interesan son garantizados por el vendedor o no. De este modo, yo jamás podría demandar a un vendedor por cuestiones que no acordamos de antemano y que, por lo tanto, él jamás me garantizó.

Otra crítica que podría hacerse a mi propuesta es que, en el mundo que propongo, sería fácil para los vendedores engañar a los consumidores, utilizando marcas prestigiosas ya existentes para vender sus productos, que no son de la misma calidad que los de esa marca.

Sin embargo, creo que esta crítica no es del todo plausible, principalmente por dos razones. En primer lugar, en un mundo sin marcas registradas, es muy probable que aquellos vendedores que realmente deseen destacar su marca del resto de las imitaciones encuentren métodos para que los consumidores sepan que están comprando sus productos, y no las copias. Por ejemplo, una empresa de gaseosas (la empresa X) podría poner en sus botellas un holograma, muy difícil de imitar, que garantice que se trata de una gaseosa marca X. De este modo, el vendedor de la marca X estará tranquilo de que nadie podrá imitar sus productos.

En segundo lugar, en un mundo sin marcas registradas, los consumidores ya no se guiarían más por las marcas de los productos a la hora de consumir. Por lo tanto, imitar exclusivamente el logo de una marca ya reconocida no sería una estrategia brillante para un vendedor. En este mundo, los consumidores se guiarían, seguramente, más por las características específicas que ofrece cada vendedor que por la marca del producto. Como los consumidores sabrán que todos tienen derecho a vender diferentes productos con la misma marca, comenzarán a buscar productos de características específicas, sin guiarse por el prestigio de la marca.

En conclusión, creo que Kinsella debería replantearse cómo debería funcionar un mundo sin marcas registradas. Si la finalidad del autor es maximizar la autonomía de la voluntad y la libre contratación, creo que debería abandonar su postura. En la propuesta de Kinsella, vendedores y consumidores deben asumir supuestos que jamás fueron explicitados entre los contratantes y que son, por lo tanto, impuestos de forma coercitiva por la legislación estatal. El hecho de que todos los vendedores de marcas prestigiosas deban garantizar ciertas cualidades, que no son las que de hecho acordaron con la contraparte, es una imposición coercitiva y, por lo tanto, injusta, desde el punto de vista libertario.

La plausibilidad de mi propuesta

En primer lugar, creo que los libertarios basados en derechos naturales deberían apoyar la abolición de los derechos a registrar las marcas. Más específicamente, deberían apoyar mi propuesta de abolición de las marcas registradas, ya que respeta mejor los principios de justicia libertarios que la propuesta de Kinsella.

En mi propuesta, los vendedores sólo estarían obligados a satisfacer a los consumidores con respecto a aquellas características que se comprometieron a satisfacer, independientemente de la marca que lleven sus productos. En cambio, en la propuesta de Kinsella, los vendedores, por el hecho de vender una marca determinada, están obligados *ex ante* a satisfacer ciertas cualidades, incluso si esto no fue contractualmente estipulado con el consumidor.

Creo que es bastante claro que mi propuesta respeta más el principio de no agresión, que es uno de los pilares de la teoría libertaria, ya que los vendedores no estarían forzados a garantizar características en sus productos si no se comprometieron voluntariamente a hacerlo. En cambio, en la propuesta de Kinsella, no es relevante la voluntad del vendedor: si éste utiliza una marca “reconocida” para vender sus productos, entonces implícitamente garantiza a los consumidores que el producto tendrá determinadas caracte-

rísticas. Esto significa que el comprador puede, entonces, obligar al vendedor a satisfacer dichas características, incluso contra la voluntad del vendedor, por el mero hecho de que sus productos lleven una marca determinada.

En segundo lugar, los utilitaristas también deberían, al menos, considerar mi propuesta de abolición de las marcas registradas, ya que ésta arroja resultados que serían, a priori, eficientes. Por lo tanto, creo que los utilitaristas deberían analizar si mi propuesta, en la que abogo por la abolición de las marcas registradas, genera o no más utilidad que un mundo con marcas registradas. Si mi propuesta genera más utilidad, entonces los utilitaristas deberían abogar por la abolición de las marcas registradas, sin necesariamente dejar de defender las demás protecciones a la propiedad intelectual (patentes, secreto industrial, etc.).

Creo que existen, principalmente, dos buenas razones para considerar que un mundo sin marcas registradas como el que propongo generaría más utilidad que uno con marcas registradas. En primer lugar, en un mundo con marcas registradas, el dueño de la marca tiene un monopolio sobre el uso de dicha marca. Esto generaría incentivos para que los dueños de las marcas se despreocupen por la calidad y los precios de sus productos, ya que no tienen competencia.

Este problema se ve sensiblemente agravado por el hecho de que el monopolio que tiene el dueño de una marca registrada no es un monopolio surgido espontáneamente (por el hecho de que ningún otro individuo tiene ganas de competir con éste) sino que es un monopolio forzado: incluso si muchos individuos estuvieran dispuestos a competir con el dueño de la marca registrada, el Estado les impide vender productos utilizando la misma marca. En cambio, en un mundo sin marcas registradas, los vendedores tendrían incentivos para constantemente mejorar la competitividad de sus productos. Dado que muchas personas podrían vender productos con la misma marca, ahora los vendedores deberían ofrecer ventajas comparativas con respecto a los demás vendedores de productos de la misma marca.

Esto sería así puesto que, como señalé anteriormente, los vendedores tendrán incentivos para revelar a los consumidores cuáles son las características que garantizan acerca de sus productos. Por lo tanto, si la empresa

A garantiza que su producto tiene la característica X, entonces la empresa competidora, B, tendrá incentivos para hacerlo también, puesto que si no lo hace perderá en la competencia, en principio.

Las empresas no tendrían incentivos para ponerse de acuerdo entre todas en no revelar ninguna información acerca de sus productos a los consumidores ya que, si alguna incumpliera el pacto de no revelar (o si apareciera una nueva empresa que no formó parte de dicho pacto), vencería a las demás en la competencia (asumiendo que los consumidores prefieren un producto que ofrece garantías sobre uno que no ofrece ninguna garantía). Por lo tanto, en principio, todas las empresas tendrán incentivos para revelar la información que garantizan, para evitar así perder en la competencia.

En segundo lugar, el principal argumento utilitarista a favor de los derechos de propiedad intelectual no pesa demasiado en el caso de las marcas. Si lo que justifica los derechos de propiedad intelectual desde el punto de vista utilitarista es, principalmente, que, gracias a éstos, los individuos tendrán incentivos para crear bienes socialmente útiles, el hecho de que las marcas no sean registrables no desincentivaría demasiado a los individuos a seguir creando bienes útiles si, por ejemplo, siguieran existiendo los derechos de autor y las patentes.

Para un utilitarista, entonces, podría tener sentido defender los derechos de autor y las patentes, ya que están orientados específicamente a beneficiar a los creadores de bienes socialmente útiles. En estos casos, podría ser claro que la utilidad que generan estos derechos es mayor que los costos relacionados con los monopolios temporales que surgen en un mundo con estos derechos.

En cambio, no creo que suceda lo mismo con las marcas registradas. La utilidad social que genera la existencia de marcas registradas no está directamente relacionada con la invención de bienes socialmente útiles, sino que está relacionada, principalmente, con facilitar al consumidor la identificación de productos con determinadas características. Esta utilidad también se lograría en un mundo sin marcas registradas como el que propongo.

Como señalé anteriormente, en un mundo sin marcas registradas como el que propongo, los vendedores tendrían incentivos para revelar a los con-

sumidores las características que garantizan de sus productos. Por lo tanto, los consumidores estarían informados, sin incurrir en demasiados costos, al momento de comprar bienes.

Vemos, entonces, que, en un mundo sin marcas registradas, se lograría no sólo que los consumidores accedan a información a bajo costo acerca de los productos que desean comprar (tal como sucede en un mundo con marcas registradas), sino que además los vendedores tendrían incentivos para constantemente ofrecer mejores garantías sobre sus productos, gracias a la mayor competencia que existiría.

Finalmente, en cuanto a los argumentos esbozados por liberales basados en derechos naturales, es claro que no estarían de acuerdo con mi propuesta de abolir las marcas registradas. Según su postura, mi propuesta violaría el derecho de propiedad que tienen los creadores de las marcas sobre sus creaciones. Sin embargo, la plausibilidad de esta crítica depende exclusivamente de la plausibilidad de la justificación de la propiedad privada que proponen los liberales basados en derechos naturales a favor de la propiedad intelectual.

Tom Palmer explica la principal crítica que se le puede hacer a la justificación de los derechos de propiedad intelectual basada en el derecho natural:

Argumentos como el de Spooner y Rand se enfrentan a un problema fundamental. Si bien por un lado homenajean el derecho a la auto-propiedad, por otro lado restringen a los demás el uso de sus propios cuerpos en conjunción con recursos a los que tienen completo derecho moral y legal.

Hacer valer un derecho de propiedad sobre un baile, por ejemplo, significa que se puede aplicar la fuerza contra otro individuo para impedir que realice determinados pasos con su cuerpo; hacer valer un derecho de propiedad sobre una invención significa que se puede usar la fuerza contra otro individuo para impedir que use sus manos de maneras determinadas. En cada caso, un derecho de propiedad intelectual es una pretensión de tener un derecho sobre cómo otra persona usa su cuerpo (Palmer, 1990:827-828).

La justificación de los derechos de propiedad intelectual que proponen autores como Rand y Spooner colisiona con las más fundamentales intuiciones del liberalismo. Tal como lo señalaba Palmer, defender los derechos de propiedad intelectual implica aceptar que un individuo tenga derecho a decidir cómo los demás pueden usar su propio cuerpo, sin requerir el consentimiento de éstos. En este sentido, podríamos decir que la sociedad toda sería esclava del poseedor del derecho de propiedad intelectual, ya que éste gobernaría sus acciones sin necesidad del consentimiento de los obligados.

Creo, por lo tanto, que la defensa liberal basada en derechos naturales de los derechos de propiedad intelectual, al menos en principio, no presenta buenas razones para refutar mi propuesta. Sin embargo, no es la finalidad de este trabajo indagar sobre este tema. Simplemente creo importante resaltar que, en principio, la postura defendida por Spooner y Rand tiene problemas severos, al arrojar resultados que se contradirían con los principios más elementales del liberalismo y, por lo tanto, creo que merecería ser revisada.

Conclusión

Hemos visto en este trabajo que mi propuesta de un mundo sin marcas registradas debería ser aceptada desde varios puntos de vista. En primer lugar, desde el punto de vista libertario, hay buenas razones para abandonar la postura de Kinsella y aceptar mi propuesta, ya que ésta ofrece soluciones más voluntarias y, por lo tanto, más cercanas a los ideales de justicia libertarios.

En segundo lugar, desde el punto de vista utilitarista, hay buenas razones para considerar que un mundo sin marcas registradas podría generar más utilidad social que un mundo con marcas registradas. Por lo tanto, habría buenas razones para que el utilitarismo abandone su defensa de la protección de las marcas registradas, sin que ello implique el abandono de su defensa de los demás derechos de propiedad intelectual.

En tercer lugar, vimos que el liberalismo basado en derechos naturales a favor de la propiedad intelectual no apoyaría mi propuesta, y que habría

buenas razones para revisar esta postura ya que, al menos *a priori*, es contraria al principio del liberalismo según el cual ningún individuo tiene derecho a decidir coercitivamente cómo los demás pueden disponer de su propiedad y del uso su propio cuerpo.

NOTAS

- 1 Lawrence Weiner es un artista conceptual que tuvo su mayor reconocimiento en la década de los '60. La cita está tomada de Roberta Smith, "Arte conceptual", en Nikos Stangos (comp.), 2000 (1974), *Conceptos del Arte Moderno. Del fauvismo al posmodernismo*, Barcelona: Ediciones Destino, p. 259.
- 2 Todas las traducciones del texto de Kinsella citadas en este trabajo son mías.

REFERENCIAS

- Kinsella, N. Stephan, 2001, "Against Intellectual Property", Presentado al Simposio sobre aplicaciones de la teoría legal libertaria, publicado en *Journal of Libertarian Studies*, Vol. 15, N°2, pp. 1-53. Reproducido en la versión de 2008 del Mises Institute: <http://mises.org/books/against.pdf>
- Palmer, Tom G., 1990, "Are Patents and Copyrights Morally Justified? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects", Simposio sobre propiedad intelectual, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol. 13, N° 3, pp. 817-865, en <http://tomgpalmer.com/wp-content/uploads/papers/palmer-morallyjustified-harvard-v13n3.pdf>
- Rand, Ayn, 1967, "Patents and Copyrights", en su libro *Capitalism: The Unknown Ideal*, New York: New American Library.
- Spooner, Lysander, 1971 (1855), "The Law of Intellectual Property: or an Essay on the Right of Authors and Inventors to a Perpetual Property in their Ideas", en *The Collected Works of Lysander Spooner*, C. Shively (ed). Primera edición de Bela Marsh, Boston, reproducida en *The On Line Library of Liberty* (Indianapolis: Liberty Fund), disponible en <http://oll.libertyfund.org/title/2243>.
- Epstein, Richard A., 2006, "Why Libertarians Shouldn't Be (Too) Skeptical About Intellectual Property", *Progress on Point Paper*, N° 13.4, pp. 1-11, Progress & Freedom Foundation, Washington DC.

LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL INDEFINIDA EN AMÉRICA LATINA

*Mario D. Serrafiero**

Resumen: Este trabajo analiza la relación entre la reelección presidencial y los sistemas institucionales en las democracias latinoamericanas –tanto de corte republicano como populista–, así como la vinculación entre la reelección indefinida y los regímenes autoritarios más allá de la región. Concluyo con reflexiones acerca de la reelección indefinida (y la apelación a un tercer mandato) y sobre el presidencialismo fuerte de la región latinoamericana.

Abstract: This paper analyzes the relationship between the reelection of the President and institutional systems, specifically with respect to Latin American democracies - populist and republican. It also explores the link between indefinite reelection and authoritarian regimes beyond that region. It concludes with reflections on term limits (and the appeal to a third term) and on Latin America's strong presidentialism.

En el siglo XXI la reelección presidencial se ha extendido en sus diferentes versiones y tipos. En la década de los ochenta, los países que retornaban a la senda democrática seguían la consigna de la prohibición de reelección inmediata. Existía cierta asociación entre la reelección inmediata, la continuidad en el poder y la experiencia de los gobiernos militares que no fijaban plazos a su dominio. Algunos países mantenían la reelección no inmediata o alterna y otros eran aún más severos e imponían la prohibición absoluta de un nuevo turno en el poder. En la década de los noventa comenzó

* Doctor en Derecho, Universidad de Buenos Aires. Doctor en Sociología y Ciencia Política, Universidad Complutense de Madrid. Investigador Principal del CONICET, Instituto de Investigaciones Gino Germani, UBA. Email: mserrafiero@gmail.com

a establecerse, en algunos países, la reelección inmediata.¹ El proceso tuvo idas y vueltas, pero continuó desde entonces con una variante extrema: la reelección indefinida o ilimitada adoptada en Venezuela. Frente al hecho, caben algunas preguntas. ¿Qué efectos podría tener la combinación entre presidencialismo fuerte y reelección indefinida? ¿Es probable que otros países continúen por el camino seguido por Venezuela? ¿Cuáles serían las razones del probable viraje?

Aquí se considera que la reelección ilimitada o indefinida es un factor crucial de reforzamiento del poder presidencial y pone en riesgo el propio carácter democrático y republicano del régimen político. Asimismo, existe una gran probabilidad que países que transitan el camino político del populismo latinoamericano de este nuevo siglo adopten en los próximos años la reelección indefinida, pues los proyectos políticos que sostienen parecen requerir de la permanencia del liderazgo que encarnan los actuales presidentes. Otra probable alternativa sería seguir la variante de un tercer mandato.

El trabajo analiza la relación entre la reelección y los sistemas institucionales, específicamente, respecto de las democracias latinoamericanas en clave republicana o populista, la vinculación entre reelección indefinida y regímenes autoritarios más allá de la región y concluye con reflexiones acerca de la reelección indefinida (y la apelación a un tercer mandato) y el presidencialismo fuerte de la región latinoamericana.

Reelección y sistema institucional desde la política comparada

El tema de la reelección presidencial –o del jefe del Estado– debe ser referido, necesariamente, al conjunto del sistema institucional pues integra la lógica de cada tipo de régimen. Así es que la reelección de la jefatura del Estado y/o del gobierno es tratada en forma diferente según los sistemas institucionales y los propios países. La posibilidad de reelección tiene que ver, entonces, con varios factores: la duración del cargo, la cantidad de poder que concentra el Ejecutivo y que puede ejercer efectivamente, la existencia o no de reales controles institucionales considerando los mecanismos de

limitación del régimen constitucional y los del sistema político, las costumbres y tradiciones políticas de los partidos y sus líderes en cuanto a la alternancia en el poder o el deseo de continuismo.

En los EE.UU. es cierto que el presidente tiene la oportunidad de obtener otro mandato de cuatro años, pero impera un sistema institucional de frenos y contrapesos –entre otros: el mayor peso del Senado, el papel activo de la Corte y la estructura federal–, que compensa el probable intento de acumulación excesiva de poder junto a otros elementos que operan en similar sentido: la existencia de sub-gobiernos dentro del aparato ejecutivo, el bipartidismo, la indisciplina partidaria, etcétera.² En América Latina, como es sabido, no pudo funcionar un sistema institucional adecuado y se derivó hacia un presidencialismo fuerte o hipertrófico donde la división de poderes fue conculcada recurrentemente y la libertad fue más violada que practicada. Emergió el predominio del Ejecutivo, y la división de poderes concluyó, numerosas veces, en la subordinación del Congreso y en la franca dependencia del Poder Judicial a la agencia ejecutiva. Otras situaciones no fueron menos censurables. A veces se llegó al conflicto institucional irreductible –entre Ejecutivo y el Congreso o el Poder Judicial– donde el presidente tenía más posibilidades de triunfo y, también hubieron –aunque menos– situaciones de aislamiento interorgánico.

La comparación con los sistemas parlamentarios, monárquicos o republicanos, en cuanto a la larga permanencia de sus líderes en muchos casos, no es pertinente, al menos en los términos en que se efectúa. En primer lugar, el Jefe del Estado en esos regímenes tiene un poder más simbólico que efectivo, a pesar de las diferencias y excepciones y, siempre, en comparación con la presidencia latinoamericana que acumula ambas jefaturas (del Estado y del gobierno) en las mismas manos. Por otro lado, la jefatura del gobierno desempeñada por el Primer Ministro es un cargo que no tiene límites en cuanto a reelección y además posee el poder efectivo de la dirección política. Pero tampoco la situación es comparable. El Primer Ministro puede cesar en cualquier momento y continúa siempre y cuando cuente con el apoyo del Parlamento. Por el contrario, el Presidente es independiente del Congreso y gobierna, al menos teóricamente, hasta tanto agote su plazo fijo de mandato.

Aún cuando se estime que el poder de un Primer Ministro es muy extenso, quizá hasta comparable –en ciertos casos– con el del Presidente norteamericano, no hay que olvidar que tanto en Europa Occidental como en los EE.UU. existe toda una trama institucional consolidada que se interpone entre la cúspide del poder y los ciudadanos y que, además, funciona en forma relativamente eficiente y de acuerdo a los requerimientos mínimos que definen a una democracia liberal. El respeto de los derechos y garantías individuales que justificó históricamente el liberalismo en su versión político-institucional, tuvo asiento de larga data en Inglaterra, y en Europa continental (occidental) se estableció cada vez en forma más sólida desde la segunda posguerra hasta nuestros días.

Por el contrario, en América Latina, existe una notoria ausencia de controles y el mayor poder que, por ingeniería institucional y cultura política, tuvo el presidente latinoamericano, determinó que el modo más concreto de recortar ese poder fuera limitando sus ansias y apetencias reeleccionistas. La ausencia de control suficiente se da dentro de una muy débil trama institucional, con una marcada pervivencia del personalismo político y una cultura fuertemente asociada al caudillismo, el paternalismo y el populismo. Históricamente, la prohibición de reelección inmediata intentó ser remedio contra estas características y la región latinoamericana fue, en otros momentos, más severa en relación con la continuidad del jefe de Estado.

Dentro de la propia lógica del presidencialismo fuerte de la región, la prohibición de reelección inmediata tuvo innegable sentido. La consagración de la reelección inmediata del presidente –en algunos países–, y con mayor razón la posibilidad de su continuidad en forma indefinida, agravarían los efectos negativos señalados por voces autorizadas: a) aumentaría la hipertrofia presidencial y con ella los rasgos semi-dictatoriales del sistema (Lambert,1964:387;Duverger,1970:21;Loewenstein,1986:54-72); b) multiplicaría los efectos negativos del plazo fijo del mandato y con ello la probabilidad de crisis políticas irresolubles (Linz, 1975, 1994), y c) aumentaría el carácter mayoritario del sistema (Lijphart,1989:29-42;1989b:367-384).

En los años noventa se produjeron reformas constituciones en la región latinoamericana que incluyeron la reelección inmediata en Perú, la Argentina

y Brasil, abriendo la puerta al aumento de reformas a favor de la reelección. Y así efectivamente ocurrió, como se verá más adelante.

Las distintas fórmulas en torno de la reelección presidencial

Como puede observarse en el cuadro I existe en la actualidad un menú amplio en relación al modo en que se resuelve la continuidad o no de un presidente en América Latina.

En los extremos de las distintas formas encontramos: la posibilidad de ser reelecto sin límites y la imposibilidad de una persona de repetir la presidencia (prohibición absoluta). Luego viene la reelección inmediata por una sola vez, que puede ser abierta o cerrada: abierta, cuando el mandatario reelecto puede ser candidato transcurrido cierto tiempo (por ejemplo, el caso de Argentina), y cerrada cuando no puede volver a ser candidato nunca más (por ejemplo, el caso de EE.UU.). La reelección no inmediata o alterna admite la cuenta a través de años fijos o de períodos intermedios. La no inmediata y cerrada agrega otro límite a la reelección: no sólo no puede ser inmediata, sino que además se limita su número (sería el caso de Bolivia, vigente en 1997).

Las distintas opciones se sostienen en diferentes fundamentos. Respecto de la reelección no inmediata o alterna, se trata de una fórmula ecléctica en la medida que admite la reelección, pero no en forma inmediata: la persona

Cuadro I. Variantes de los sistemas de reelección presidencial

- 1 Reelection sin límites (reelección indefinida o ilimitada)
 - 2 Reelection inmediata por una sola vez y abierta (con posibilidad de volver a ser candidato transcurrido cierto tiempo)
 - 3 Reelection inmediata por una sola vez y cerrada (no puede volver a ser candidato)
 - 4 Reelection no inmediata, abierta o cerrada (intervalo: mandato intermedio o término fijo en años)
 - 5 Prohibición absoluta (nunca más la misma persona puede ser candidato)
-

Fuente: Elaboración propia.

puede volver a ser presidente en el futuro. Tal fórmula tendría la ventaja de permitir el acceso a la presidencia de aquél que ha probado su pericia en la gestión pública; asimismo, evitaría algunos de los problemas que suelen relacionarse con la reelección (ventaja del que se encuentra en el cargo, menor competitividad de la contienda, abuso de poder, etcétera.). La prohibición absoluta se relacionó con el intento de evitar la personalización del régimen político y el probable abuso de poder. Limitación del poder presidencial y alternancia de los liderazgos fueron los motivos que fundamentaron tal medida.

En los análisis prácticamente se ha obviado el carácter abierto o cerrado de las reelecciones. El olvido no permite contemplar los probables efectos, según fuere el carácter abierto o cerrado de la reelección. A menudo se cita como modelo en favor de la reelección inmediata a los EE.UU., pero –y más allá de las importantes diferencias de contexto– no se tiene en cuenta que se trata de una reelección de tipo cerrada. Algunos ejemplos ilustran las diferencias. El tipo de reelección inmediata y abierta, establecida en la Argentina en 1994, fue lo que permitió que Carlos Menem compitiera en la elección de 2003. No hubiera podido competir de haberse escogido el modelo cerrado de reelección inmediata. No hace falta referir cómo influyó la nueva candidatura de Menem en la estructura de competencia y dinámica electoral de los comicios presidenciales de 2003. Otro ejemplo interesante sería el de Lula en Brasil, quien culminó su segundo mandato con enorme popularidad y ha sugerido que podría presentarse en las próximas elecciones de Brasil, cuando concluya la presidencia de Dilma Rousseff. Que la reelección inmediata sea abierta o cerrada implica la posibilidad de modificar fuertemente la estructura de competencia en próximas elecciones, sobre todo, si el Presidente que ha cumplido sus dos mandatos concluye con un alto grado de popularidad y puede buscar una nueva reelección hacia el futuro, con probabilidades de éxito.

En relación con la reelección inmediata cabe señalar que conlleva una serie de ventajas para el ocupante del cargo, según se ha observado en el caso de los Estados Unidos. Entre las ventajas se han señalado: a) el reconocimiento o visibilidad pública que tiene la persona que ostenta la presi-

dencia; b) el acceso a los recursos y las fuentes de financiamiento que provienen del gobierno; c) la exposición continua ante los medios de comunicación de masas; d) el partido en el poder, a disposición de la reelección; e) el control y la manipulación de la economía en orden a los réditos electorales; f) las posibilidades que emergen del despliegue de las relaciones públicas que establece la presidencia con los sectores públicos y privados del país y del extranjero (Pius, 1979; Cronin, 1980; Wilson, 1992; Serrafiero, 1997).

Respecto de la reelección indefinida, no cabe ya hablar de ventajas como las que son esperables en la reelección inmediata –por un período–, sino, en el mejor de los casos, de una situación estructural a favor del Presidente que comprometería gravemente el marco competitivo propio de una democracia. Pero antes de continuar con nuestro análisis repasemos a continuación algunos de los argumentos clásicos a favor de la reelección indefinida.

Alexander Hamilton y los argumentos de la reelección indefinida

Alexander Hamilton, uno de los padres fundadores de la república norteamericana, no sólo parece haber defendido la continuidad del mandatario en su versión de reelección inmediata, sino también la reelección indefinida o ilimitada. Decía: “Nada parece más plausible a primera vista, ni resulta más infundado al reconocerlo de cerca, que un proyecto que tiene conexión con el presente punto y se ha conquistado algunos partidarios respetables: hago referencia al que pretende que el primer magistrado continúe en funciones durante un tiempo determinado, para que en seguida excluirlo de ellas, bien durante un período limitado o de manera perpetua. Ya sea temporal o perpetua, esta exclusión produciría aproximadamente los mismos efectos y éstos serían en su mayor parte más perniciosos que saludables” (Hamilton, Madison y Jay, 1994:308).

La reelección fue defendida por Hamilton por varias razones que aparecen claramente expuestas en *El Federalista*. La tesis referidas a la reelección inmediata, entonces, se nutren de las ideas que se exponen a continuación

y que fueron reiteradas con posterioridad por distintos autores. Pero también estos argumentos sostendrían el tipo ilimitado de reelección presidencial.

Para Hamilton la reelección era necesaria para que el pueblo pudiera prolongar el mandato presidencial cuando se aprobara su gestión y así seguir aprovechando los méritos y virtudes del mandatario. Su exclusión acarrearía más problemas que ventajas. Entre otras desventajas: disminuirían los alicientes para conducirse correctamente, aumentaría la tentación para entregarse a finalidades “mercenarias”, se privaría a la comunidad de un hombre que ha adquirido experiencia en el cargo y sabiduría en el manejo de la política. Se correría el riesgo de dejar fuera de servicio a hombres que pueden ser fundamentales para la preservación del sistema político. Por último, el cambio de hombres implicaría un cambio de políticas que podría no ser conveniente. En sus palabras, la reelección implica aprovechar las cualidades de un individuo: “cuando encuentre motivos para aprobar su proceder, con el objeto de que sus talentos y sus virtudes sigan siendo útiles, y de asegurar al gobierno el beneficio de fijeza que caracteriza a un buen sistema administrativo” (Op. Cit., 308). Seguidamente, Hamilton señala las desventajas que implicaría dejar de lado a un Presidente que no puede optar por la reelección. Advierte primeramente que se eliminaría el estímulo para el obrar correcto: “Entre otros perjudiciales resultados, la exclusión disminuiría los alicientes para conducirse correctamente. Son pocos los hombres cuyo celo en el desempeño de su deber no decrecería mucho más en el caso de saber que en un momento dado deberían renunciar a las ventajas provenientes de un puesto público, que si se les permitiera abrigar la esperanza de *lograr* que continúen mediante el hecho de *merecerlas*” (Op. Cit., 308).

La segunda desventaja, la corrupción, aparece como un lógico derivado: “Otro inconveniente que acarrearía la exclusión consistiría en la tentación de entregarse a finalidades mercenarias, al peculado y, en ciertos casos, al despojo. El hombre voraz que ocupara un puesto público y se transportara anticipadamente al momento en que habrá de abandonar los emolumentos de que goza, experimentará la propensión, difícil de resistir dada su índole, a aprovechar hasta el máximo y mientras dure la oportunidad que se le brinda,

y es de temerse que no sentirá escrúpulos en descender a los procedimientos más sucios con tal de obtener que la cosecha resulte tan abundante como es transitoria” (Op. Cit., 308).

La tercera desventaja la sufriría la propia sociedad que se privaría “de valerse de la experiencia adquirida por el primer magistrado en el desempeño de las funciones. Que la experiencia es la madre de la sabiduría, es un adagio cuya verdad reconocen tanto los hombres más sencillos como los más doctos” (Op. Cit., 309).

La cuarta desventaja es otro derivado lógico de la anterior: “sería separar de ciertos puestos a hombres cuya presencia podría ser de la mayor trascendencia para el interés o la seguridad pública en determinadas crisis del Estado. No hay nación que en un momento dado no haya sentido una necesidad absoluta de los servicios de determinados hombres en determinados lugares; tal vez no sea exagerado decir que esa necesidad se relaciona con la preservación de su existencia política” (Op. Cit., 309).

Por último, advierte la discontinuidad, la variación de políticas que produciría el cambio de mandatarios: “Un quinto mal resultado de la exclusión sería que se convertiría en un impedimento constitucional para que la administración fuera estable. Al *imponer* un cambio de hombres en el puesto más elevado de la nación, obligaría a una variación de medidas” (Op. Cit., 310). Estos argumentos serán los fundamentales de todos los discursos reeleccionistas, incluso en nuestros días.

El estadista norteamericano remata su fundamentación apelando al propio derecho del pueblo y dice: “la idea de hacer imposible que el pueblo conserve en funciones a aquellos hombres que en su opiniones han hecho acreedores a su aprobación y confianza, constituye una exageración, cuyas ventajas son problemáticas y equivocadas en el mejor caso y están contrarrestadas por inconvenientes mucho más ciertos y terminantes” (Op. Cit., 310).

En síntesis, parece acertado señalar que Hamilton no sólo fue defensor de la reelección inmediata, sino que también justificaba la reelección indefinida. Por cierto que sus argumentos son sólo una gota en sus concepciones políticas que contribuyeron a forjar el país del Norte y que no son motivo de este trabajo.³

El debate y la defensa de la reelección indefinida

El debate llevado a cabo en América Latina giró en torno de los supuestos beneficios o perjuicios de la reelección inmediata del presidente y los supuestos premios y castigos que traería aparejada su introducción. Para algunos investigadores, directamente, la reelección inmediata implicaba premiar o castigar al mandatario en el cargo (Linz, 1994; Lijphart, 1990). Con cierta cautela, otros autores no se expedían en forma automática, sino que contemplaban distintos escenarios según los cuales la reelección podría ser beneficiosa o no (Sartori, 1995; Mainwaring y Shugart, 1997; Colomer, 2001; Carey, 2003).

Pero prácticamente no existió una discusión acerca de la reelección indefinida, pues fueron pocas las voces académicas que la defendieron. Uno de sus defensores actuales es el profesor Ernesto Laclau.⁴ Preguntado acerca de su opinión sobre los presidencialismos fuertes y la parlamentarización de lo político, Laclau señaló que:

Hay una tradición por la cual el antipersonalismo y el antipopulismo son las formas a través de las cuales la derecha se va consolidando. El problema fundamental es que, cuando se da una ruptura, se precisa una cristalización simbólica, ideológica, que no está dada por las meras fuerzas que participan. Si pensamos en la crisis de la IV República en Francia, ahí había un sistema parlamentario donde las elites habían llevado el país al borde del caos y se necesitó la cristalización simbólica alrededor de la figura de de Gaulle para fundar la V República y un sistema viable de poder; ahí el momento del personalismo jugó un papel decisivo en la solución de la crisis. En América latina creo que vamos a tener regímenes presidencialistas fuertes como una posibilidad de cambio, porque cualquier régimen que sea una democracia diluida en una pluralidad de fracciones es incapaz de, como dirían los ingleses, *delivering the goods* (N. de la R.: entregar la mercadería, cumplir los compromisos). Todo régimen político democrático está en un punto intermedio entre el institucionalismo puro, que sería la parlamentarización del poder, y el populismo puro, que sería la concentración del poder en manos de un

líder. Siempre ese espacio intermedio va a tener que jugar en las dos puntas. Pero en América latina, más que en Europa, el momento presidencialista, el momento populista, va a ser más fuerte que el otro (Laclau, 2010).

Resultan claras las ideas de Laclau en cuanto que antipopulismo y antipersonalismo son indicadores del accionar de la derecha. Asimismo, resulta interesante su definición de que todo régimen democrático circula entre el institucionalismo puro, que es el parlamentarismo, y el populismo puro, que es la concentración del poder en manos del líder. En América latina, sostiene, se necesita un presidencialismo fuerte prácticamente asociado con el populismo.

Específicamente respecto de una pregunta referida a la apelación al líder, Laclau manifestó: “¿Hasta cuándo y cómo? No lo sé. Pero soy partidario hoy en América Latina de la reelección presidencial indefinida. No de que un presidente sea reelegido de por vida, sino de que pueda presentarse. Por ejemplo, por el presente período histórico, sin Chávez el proceso de reforma en Venezuela sería impensable; si hoy se va, empezaría un período de restauración del viejo sistema a través del Parlamento y otras instituciones. Sin Evo Morales, el cambio en Bolivia es impensable. En Argentina no hemos llegado a una situación en la que Kirchner sea indispensable, pero si todo lo que significó el kirchnerismo como configuración política desaparece, muchas posibilidades de cambio van a desaparecer” (Ibid.).

En definitiva, según Laclau, el presidencialismo fuerte que transporta un supuesto cambio político, opuesto al viejo sistema de las instituciones parlamentarias, necesitaría la continuidad de sus líderes.

Reelecciones presidenciales en el siglo XXI

El panorama de la reelección presidencial en América Latina ha sido y continúa siendo variado (Serrafero, 2010; Zovatto, 2009). En el cuadro II se simplifica la situación distinguiendo sólo entre los cuatro tipos más relevantes: la reelección ilimitada, la reelección inmediata, la reelección

no inmediata o alterna y la no reelección o prohibición absoluta (no se computan las diferencias respecto al carácter abierto o cerrado que pueden tener las reelecciones inmediatas o no inmediatas).

También se consigna, entre paréntesis, el período presidencial. En relación con la duración del mandato y el sistema de reelección en los países donde hay reelección inmediata el patrón común es el período presidencial de cuatro años, salvo el caso de Bolivia. Aquí se sigue el ejemplo norteamericano y parece obedecer a la lógica de que, al existir reelección inmediata, no hace falta un período mayor de tiempo en el gobierno pues existe la posibilidad de una continuidad sin intervalos. En los países que tienen reelección no inmediata o alterna, existen cuatro casos que tienen mandato de cinco años, y tres casos con mandato de cuatro años. La lógica, en el 60% de los casos, es que al no tener reelección inmediata parece razonable que tengan un mayor período de gobierno que se expresa en un año más. En el caso de Venezuela, no parece seguirse una lógica de corte republicana pues aún a la mandato más largo de seis años con la reelección indefinida. Los países que tienen prohibición absoluta de reelección no tienen un mismo criterio. Parece razonable la extensión de seis años imperante en México, si tenemos

Cuadro II. Disposiciones sobre la reelección presidencial en América Latina (2010)*

Reelección indefinida	Reelección Inmediata	Reelección no inmediata o alterna	Prohibición absoluta
Venezuela (6)**	Argentina (4)	Costa Rica (4)	Guatemala (4)
	Bolivia (5)	Chile (4)	Honduras (4)
	Ecuador (4)	Perú (5)	México (6)
	Brasil (4)	El Salvador (5)	Paraguay (5)
	Colombia (4)	Nicaragua (5)***	
		Panamá (4)	
		Uruguay (5)	

* El cuadro no incluye los países del Caribe.

** Entre paréntesis figura la cantidad de años del mandato presidencial.

*** El Art. 147 de la Constitución de Nicaragua establece la reelección no inmediata y cerrada no obstante, una reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia de ese país habilitó la posibilidad de continuidad del presidente.

Fuente: Elaboración propia.

en cuenta que el ocupante no podrá desempeñar nunca más el cargo. En Paraguay la extensión es de cinco años y en Honduras y Guatemala se da la limitación más severa en términos de duración y continuidad.

Hay que señalar que cuando hablamos del presidencialismo, reelección presidencial y régimen político a partir de los procesos de transición, en realidad, habría que hacer una distinción en distintas épocas y períodos que tuvieron contenidos ideológicos e institucionales diferentes. Como bien sabemos, la década del ochenta fue la “década perdida” en términos económicos y a los partidos que asumieron el poder no les fue muy bien en términos de continuidad. Luego, en los noventa, se llevaron a cabo reformas profundas en el sistema económico y social que fueron denominadas “neoliberales”. Estos cambios aparejaron –según los casos– beneficios, pero también no pocos perjuicios, especialmente, en el campo de lo social. La reacción en las urnas no se hizo esperar y en la mayoría de los países comenzaron a ganar las elecciones presidenciales partidos de izquierda. Pero esta izquierda de ningún modo fue homogénea y podría distinguirse, en términos generales y sin entrar en mayores detalles, en gobiernos de tendencia socialdemócrata y en gobiernos de tendencia populista (Panizza, 2008b).

Si el primer tramo de reformas vinculadas a la reelección vino de la mano de las experiencias de corte “neoliberal” de los noventa, el segundo de tramo de reformas, en el nuevo siglo, se dio –principal, pero no únicamente– en el marco y al calor de otro clima ideológico y en cabeza de otros liderazgos. Este clima fue, principalmente, el referido populismo revestido por un formato autodenominado “socialista” y que tuvo en el presidente Hugo Chávez a su principal referente. La influencia de Chávez fue significativa en las elecciones presidenciales que le dieron el triunfo a Evo Morales en Bolivia (2005) y a Rafael Correa (2006) en Ecuador. Estos líderes de semejante corriente ideológica promovieron durante sus mandatos reformas constitucionales que culminaron con la posibilidad de sus reelecciones en la primera magistratura del Estado. En Ecuador, en 2008, se habilitaba la reelección inmediata y lo mismo sucedía en 2009 en Bolivia tras una Convención Constituyente, tan extensa como compleja y polémica, que produjo un cambio constitucional de singular

relieve. Así el artículo 168 de la nueva Constitución de Bolivia dice: “El periodo de mandato de la Presidenta o del Presidente y de la Vicepresidenta o del Vicepresidente del Estado es de cinco años, y pueden ser reelectas o reelectos por una sola vez de manera continua”.

Respecto a Ecuador, en las elecciones celebradas el 26 de abril de 2009 el presidente Rafael Correa fue reelecto por el 52% de los votos. En Bolivia, el 6 de diciembre de 2009 Evo Morales –por el Movimiento al Socialismo (MAS)– fue reelecto en un resonante triunfo. Alcanzó el 62% de los votos contra el 24% obtenido por Manfred Reyes Villa, del Plan Progreso para Bolivia, fuerza ubicada a la derecha del arco político. El presidente podrá gobernar otros cinco años y con un contundente respaldo parlamentario. Morales había pedido el apoyo de la población para lograr los 2/3 del Congreso con el fin de llevar adelante la concreción y profundización de la nueva Constitución. Es la primera vez que un presidente boliviano es reelecto en forma inmediata, desde 1964 cuando Víctor Paz Estenssoro inició otro mandato presidencial

Otro caso de reforma constitucional fue el abandono de la prohibición absoluta y la introducción de la reelección inmediata en Colombia, pero aquí no fue el mismo clima ideológico el que rodeó al proceso reformista. El presidente Álvaro Uribe, con una enorme popularidad ciudadana, promovió el cambio en 2004, lo que le permitió obtener otro mandato. Uribe no comulgaba con las ideas de Chávez y sus simpatizantes latinoamericanos. Por el contrario, en materia internacional estableció una estrecha alianza con los Estados Unidos, su discurso siguió las líneas de una política en confrontación con los grupos guerrilleros y el narcotráfico, y a favor de factores intervinientes en el mercado y el libre comercio. En vista a las elecciones presidenciales de 2010 se lanzó un proyecto reeleccionista que pretendía habilitar al presidente Uribe a un tercer mandato consecutivo. El 2 de septiembre de 2009, en la Cámara de Representantes, el oficialismo consiguió 85 de los 84 votos requeridos para aprobar la realización de un plebiscito que podría habilitar al presidente Uribe a un tercer mandato consecutivo. La Corte Constitucional debía expedirse sobre la transparencia del acto legislativo y la consulta, para ser válida, debía contar con la concurrencia del 25% del

padrón. Respecto del trámite legislativo la oposición denunció la compra de voluntades por parte del gobierno y otras irregularidades.

En febrero de 2010, la Corte Constitucional rechazó la ley de convocatoria del referéndum que habilitaría el tercer mandato de Uribe. La mayoría de los jueces determinaron que había vicios insalvables en el trámite parlamentario. Seis jueces suscribieron la posición del magistrado Humberto Sierra Porto y dos jueces votaron en sentido contrario. Se señaló que no hubo sólo irregularidades, sino violaciones sustanciales al principio democrático relativo a la transparencia y los derechos de los electores. Entre otras cuestiones, la sesión legislativa se había realizado antes de que se publicara su convocatoria –violando lo prescripto por la normativa– y se había excedido en lo gastado en relación con los montos máximos autorizados por las autoridades electorales para la recaudación de firmas en apoyo a la presentación del proyecto de ley. Finalmente, el 30 de mayo de 2010 se celebraron las elecciones presidenciales y ninguno de los candidatos obtuvo la mayoría absoluta. En la segunda vuelta, celebrada el 20 de junio, se impuso Juan Manuel Santos –del mismo partido que Uribe– sobre Antanas Mockus.

A principios de 2009, en Venezuela, también se avanzó aún más en torno de la reelección presidencial. La Constitución de 1999 ya había introducido la reelección inmediata por un período. En el referéndum⁵ del 15 de febrero de 2009 la ciudadanía optó por una enmienda constitucional que introducía la reelección ilimitada. El 54,3% de los votos fue a favor, y el 45,7% en contra. Chávez, luego de una década en el poder, obtenía la posibilidad de continuar en el gobierno ilimitadamente. La enmienda constitucional permite que todos los cargos electivos no tengan ningún límite en cuanto a sus posibilidades de reelección. Cabe destacar que, en 2007, en otra consulta al pueblo venezolano, la propuesta del gobierno acerca de la reelección presidencial ilimitada había sido rechazada por un escaso margen de votos.

Otro país donde se planteó la incorporación de la reelección inmediata ilimitada o indefinida fue Nicaragua. El gobierno del presidente Daniel Ortega, quien fue reelecto gracias a la existencia de la reelección no inmediata o alterna, logró una sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia que lo habilitó para competir en 2011 por un nuevo mandato en

la presidencia. El Alto Tribunal esta conformado por 16 magistrados de los cuales la mitad son simpatizantes del Frente Sandinista de Liberación Nacional (FSLN) y la otra mitad a la fuerza opositora, el Partido Liberal Constitucionalista (PLC). La sentencia se dictó en ausencia de los Magistrados que no comulgaban con la fuerza política del presidente y para la oposición se trató de un golpe contra la Carta Magna y el intento de constituir una suerte de dictadura. La Corte Suprema ingresó en una crisis institucional con motivo del referido fallo.

También se produjeron otros cambios en la región en relación con los distintos tipos de reelección. Así, luego de la experiencia de Fujimori, el Perú –mediante la ley 27.365, publicada el 5 de noviembre de 2000– dejó de lado la reelección inmediata y adoptó la reelección no inmediata y abierta. Dice el artículo 112: “El mandato presidencial es de cinco años, no hay reelección inmediata. Transcurrido otro período constitucional, como mínimo, el ex presidente puede volver a postular”. En Costa Rica se viró desde la prohibición absoluta a permitir la reelección no inmediata gracias a un fallo de la Sala Constitucional, de 2003. Por último y completando el panorama de movimientos, cabe consignar el caso de la República Dominicana donde se dejó de lado la prohibición de reelección inmediata, establecida en 1994 (a raíz de las reelecciones y los escándalos que rodearon las gestiones de Joaquín Balaguer), y se volvió a la reelección inmediata, en 2002.

Cabe advertir que existieron varias reelecciones en los países latinoamericanos, pero bajo la modalidad de la reelección no inmediata o alterna, cuyo análisis no debería equipararse automáticamente a las situaciones y resultados de la reelección inmediata, pues son tipos diferentes. Por tal razón no se han considerado aquí estos casos (por ejemplo, José María Sanguinetti en Uruguay, Alan García en Perú, Oscar Arias en Costa Rica, Carlos Andrés Pérez y Rafael Caldera en Venezuela, Daniel Ortega en Nicaragua, Gonzalo Sánchez de Lozada en Bolivia).

En las elecciones presidenciales de 2010 compitieron dos ex presidentes en dos países donde rige la reelección no inmediata. Así en Uruguay, el candidato del Partido Blanco, Luis A. Lacalle, quien fuera presidente entre 1990 y 1995, fue derrotado ante el candidato del Frente Amplio, José Alberto

Mujica, en el balotaje realizado el 29 de noviembre cuando logró casi el 52% de los votos. Y en Chile, el candidato de la Concertación, Eduardo Frei, quien se había desempeñado como presidente del país trasandino entre 1994 y 2000, salió perdedor ante Sebastián Piñera, candidato de la derecha, en el balotaje celebrado el 17 de enero de 2010, triunfando por el 51,60% de los votos contra el 48,36% que obtuvo Frei. La región no estaría mostrando dificultades en la renovación de liderazgos y de su clase dirigente, pero así y todo cabe destacar una vez más que se trataría de dinámicas distintas a las que se articulan con contextos de reelección inmediata.

Respecto a las reelecciones llevadas a cabo desde la refundación democrática en América Latina, el cuadro III ilustra el panorama.

Cuadro III. Reelecciones presidenciales en América Latina desde la redemocratización

País	Presidente	Año Reforma constitucional	Año Reelección
Argentina	Carlos S. Menem	1994	1995
Perú	Alberto K. Fujimori	1993	1995
Brasil	Fernando H. Cardozo	1997	1998
	Luis I. Lula Da Silva		2006
Venezuela	Hugo R. Chávez Frías	1999	2000
Colombia	Álvaro Uribe Vélez	2004	2005
Ecuador	Rafael V. Correa Delgado	2008	2009
Bolivia	Juan Evo Morales Ayma	2009	2009

Fuente: Elaboración propia.

Democracia en América Latina: ¿en clave republicana o populista?

A lo largo de los años se fueron distinguiendo en el mapa latinoamericano diversas formas democráticas. Para lo que aquí interesa, merece destacarse la existencia de dos expresiones diferentes: la democracia en clave republicana y la democracia en clave populista.

La democracia republicana se asienta sobre elementos básicos que constituyen engranajes esenciales y que hacen al buen funcionamiento de una

República: 1) mecanismo efectivo de división de poderes; 2) rotación en los cargos públicos; 3) publicidad y transparencia de los actos de gobierno; 4) responsabilidad política (*accountability*) de los gobernantes. Por otra parte, se considera que el respeto a la ley es el requisito básico de convivencia social y de progreso. Las normas jurídicas deben ser acatadas por todos los ciudadanos y, con más razón, por aquellos que tienen las funciones de dirección y administración de la cosa pública. Si no existe tal respeto el riesgo es el ingreso en una situación de “anomia” social y, en su grado extremo, en la anarquía política. La democracia en clave republicana implica no sólo el cumplimiento de los requisitos electorales que hacen a la selección de los gobiernos de acuerdo con la preferencia y decisión de los ciudadanos, sino también el cumplimiento de prerequisites, como por ejemplo: a) la existencia y vigencia de libertades y derechos individuales; b) el gobierno de la mayoría y el respeto de las minorías; c) reglas y procesos claros y transparentes que definan la participación de los ciudadanos en la “cosa pública”. Desde la vuelta a la democracia hasta nuestros días algunos países han intentado ceñirse a estos parámetros y han tratado, al menos, de mostrarse como democracias en clave republicana, por ejemplo en el cono sur, Chile, Uruguay y Brasil. Ciertamente, resta mucho por transitar pues América Latina hasta hace pocas décadas estaba bajo el gobierno de dictaduras militares autoritarias, experiencia que se agregó a una tradición caudillista y a una dificultad ostensible para consolidar instituciones democráticas y republicanas, Pero más allá de las dificultades propias de plasmar en la realidad concreta el ideal republicano, lo cierto es que existen gobiernos en la región que tienen otros objetivos.

En relación con el modelo populista, cabe señalar que sobre el populismo existen variadas lecturas y no poca confusión.⁶ No se pretende aquí desarrollar la cuestión. Pero, en breve síntesis, cabe decir que además de la función incorporativa y de movilización, se ha señalado que constituye un imposible intento de representación de todos y cada uno de los sectores sociales, bajo el esquema líder-masa y con una concepción que relativiza al partido, al gobierno y a las instituciones de corte democrático liberal. Por el contrario se acentúa la perspectiva del movimientismo, el lugar preponderante del

Estado, y se ensalza el nacionalismo como contenido ideológico del régimen político, conducido generalmente por un hombre que “encarna” los atributos del Estado, la Nación y el pueblo. El discurso populista distingue y divide entre el pueblo y el antipueblo, la nación y el imperio, la masa y las oligarquías. Es esta una configuración típica, propia del análisis sobre el fenómeno en otros tiempos, pero más allá de sus idas y sus vueltas, parece permanecer en el tiempo.

En la década de los noventa permanecieron algunas continuidades y aparecieron no pocas rupturas de la mano de cambios propios de la época que vivió el mundo desarrollado y América Latina, habiéndose hablado de un “neopopulismo”. En la región latinoamericana, al calor de los noventa y el imperio de las visiones llamadas “neoliberales”, los líderes populistas sometieron al Estado a un proceso de achique y ajuste, dentro de un contexto de desmovilización ciudadana y asepsia ideológica. Proceso que comenzó a revertirse hacia finales de esa década y revistió signo contrario en el siglo XXI bajo la consigna ideológica de un nuevo socialismo. En realidad, el populismo atraviesa distintos momentos históricos e incluso recorre la derecha y la izquierda del espectro político. Más allá de los cambios operados en la región, desde mediados del siglo pasado, lo cierto es que los “estilos políticos” populistas tienen una continuidad clara e indiscutible.

En la actualidad el líder –más o menos carismático– ha podido desvincularse de la relación más típica con la “masa” gracias a las formas mediáticas. Los medios de comunicación han cambiado la vinculación entre los líderes y el pueblo. La televisión puede ser más efectiva –y hasta “afectiva”– que las grandes concentraciones. En este sentido, los medios desmovilizan y hasta encubren el efecto de exclusión, pero por otro lado “hacen sentir” a la gente más en contacto con una suerte de liderazgo licuado. La incorporación o inclusión real, puede verse en parte sustituida por el mecanismo de identificación imaginaria que obra como compensatoria al sentimiento de exclusión. Asimismo, así como los medios pueden obrar a favor del reforzamiento del líder populista, también pueden convertirse en una suerte de “enemigo”. Por esta razón, los populismos del nuevo siglo suelen identificar los medios que no están de su lado como “antipueblo” o dictaduras mediáticas.⁷

En los populismos –tanto los “neo”, como en los del siglo XXI– el liderazgo se entreteje con una institucionalidad devaluada y con la permanente apelación a las mayorías, sea a través del discurso, la movilización, la mediatización y con la justificación última del voto electoral. El mentado “decisionismo”, el esquivar de las vías institucionalizadas y el escamoteo de los mecanismos de control forman parte del acervo histórico-cultural-institucional latinoamericano. Así a partir de las distintas tramas de las transiciones, los argumentos de las consolidaciones y las apelaciones a la gobernabilidad se ha caído no pocas veces en la paradoja esencial de esquivar las instituciones, justamente bajo el argumento de querer consolidarlas. Tal sería la imagen de un líder de estilo populista que fuera considerado irremplazable, ya sea en relación a sus decisiones o su permanencia. En América Latina algunos países transitan lo que se ha llamado también un populismo radical –o radicalizado– y los exponentes más señalados por la literatura serían Bolivia, Ecuador y Venezuela (Pacheco, 2011:1-17; Ortiz, 2008:63-75; Hidalgo Trenado, 2008:4-35; Colettee, 2006:73-92; Arenas, 2006:35-69; Benavente Urbina, 2005:59-72).

Reelección y autoritarismo

La relación entre gestión autoritaria y/o autoritarismo y la continuidad del presidente a través de la reelección inmediata, si bien aparece clara en algunos casos no se resuelve en forma lineal. Depende del contexto democrático o no, de la forma institucional en la cual encaja, y del estilo de liderazgo del gobernante. Es por ello que también han existido tal tipo de gestiones dentro del presidencialismo latinoamericano con prohibición de reelección inmediata, como el caso de México bajo dominio del PRI. Tampoco en este tema existe una vinculación lineal, sino caminos de ida y vuelta que muestran distintas alternativas. Un presidente con estilo autoritario puede provocar un quiebre y una modificación constitucional y continuar en el poder, deslizando el régimen hacia el límite democrático o el umbral del autoritarismo, un ejemplo podría ser Alberto Fujimori, en Perú. A su vez, un régimen que permita la reelección inmediata –y con más razón la indefinida– y tenga un diseño de presidencialismo

fuerte puede inducir un estilo autoritario en los gobernantes. Y la reelección puede ser la pieza formal de prolongación de regímenes no democráticos o no competitivos, obrando al servicio de una fachada constitucional de ficticia legalidad (no democrática), como fue el Paraguay de Alfredo Stroessner o la República Dominicana de la dictadura de Rafael Trujillo.

En síntesis, la reelección puede prolongar un régimen de facto y reconvertir al autoritarismo de fuerza en autoritarismo de fachada legal. Y la reelección puede obrar también como facilitador del deslizamiento o cambio de régimen, si encaja en un sistema presidencial fuerte comandado por un presidente con estilo no democrático. Con la reelección infinita puede caerse en la paradoja de un régimen “más democrático” (según sus propiciadores),⁸ pero también más autoritario. Debe remarcar que en las Constituciones dictadas en los últimas décadas y que tomaron el ejemplo de México, parecen haber querido evitar antecedentes autoritarios o populistas, por ejemplo, el caso de Paraguay y Ecuador,⁹ aunque en este último país –como se vio– se retornó a la reelección inmediata en 2008.

Los clásicos estudios sobre el autoritarismo diferenciaban claramente entre sus distintos tipos y el régimen democrático. Los nuevos estudios sobre el autoritarismo, a la luz de lo acontecido en las últimas décadas, muestran un territorio cuyos límites son menos precisos y el tema de la continuidad en el poder es un dato de singular importancia.

El autoritarismo y sus tipos

La investigación en torno de los regímenes no democráticos, en las últimas décadas, distinguió distintos tipos en variadas clasificaciones. Juan Linz elaboró una tipología muy completa diferenciando entre: 1) Dictadura; 2) Regímenes totalitarios; 3) Regímenes tradicionales (democracias oligárquicas y sultanatos); y 4) Regímenes autoritarios (burocrático-militares, estalinismo orgánico, de movilización posdemocracia, de movilización post-independencia, democracias raciales, totalitarismo imperfecto, regímenes post-totalitarios) (Linz, 1975:175-411; Linz y Stepan, 1996).

Giovanni Sartori, en un recorrido de reflexiones y especulaciones encadenadas, desarrolla una gama de regímenes no democráticos y, con numerosos matices, aparecen las voces de tiranía, dictadura, autoritarismo, totalitarismo y autocracia (Sartori, 1990:225-260). Y Karl Loewestein, en su momento, distinguió –en el nivel más generalizado y abarcador– entre gobierno constitucional y la autocracia con sus dos especies: el régimen autoritario y el totalitario los (tres modelos de autocracia tratados por Loewestein fueron: la monarquía absoluta, el cesarismo plebiscitario de Napoleón y el neopresidencialismo) (Loewenstein, 1982:73-88). Sartori intenta una clasificación de las dictaduras y las distingue por intensidad, por finalidad, por origen, por ideología.¹⁰ Morlino aborda el fenómeno del autoritarismo a través de la definición de Linz y de sus dimensiones, y distingue las siguientes formas de autoritarismos: a) Régimen personal; b) Régimen militar: Tiranía militar y oligarquía militar (militares moderadores, militares guardianes y militares gobernantes); c) Régimen cívico-militar: régimen burocrático-militar; Régimen corporativo (excluyente e incluyente); Régimen de ejército-partido; d) Régimen de movilización: Régimen nacionalista de movilización; Régimen comunista de movilización; Régimen fascista de movilización; Régimen de movilización de base religiosa (Morlino, 2004:149-183).¹¹

Las clasificaciones sobre regímenes no democráticos parecen no reflejar específicamente lo sucedido tras la tercera ola de la democratización (Huntington, 1994). Efectivamente, una serie de países no encajan dentro de los parámetros de lo que entendemos por democracias y tampoco responden específicamente a las distinciones referidas de regímenes no democráticos. En el siglo XXI comenzaron nuevas distinciones que trataron de afinar el ancho panorama del autoritarismo frente a un nuevo paisaje de los regímenes en el mundo. Más países se tornaron formalmente democráticos o iniciaron un proceso de democratización. Este proceso, teóricamente, implicaba la adopción de una constitución, instituciones democráticas, un sistema pluripartidista y elecciones transparentes dentro de un régimen competitivo. Pero lo cierto es que, más allá de la fachada de los regímenes, en los hechos, podrían funcionar cercanos a los autoritarismos conocidos o bastante alejados de las democracias existentes. Si tomamos, por ejemplo,

los requisitos señalados por Robert Dahl respecto de los atributos que debe reunir un régimen para ser considerado democrático, ciertamente algunos pueden ser motivo de discusión en cuanto al grado o calidad de su cumplimiento, pero en otros casos no hay duda alguna en cuanto a su incumplimiento.

Varios autores comenzaron a especular acerca de nuevas categorías de autoritarismo. Levitsky y Way señalan que es hora de diferenciar los regímenes que en el proceso de transición de la tercera ola no culminaron en democracias (2004:159-176).¹² Se trataría de autoritarismos competitivos que difieren de las democracias como también del autoritarismo en gran escala. El autoritarismo competitivo debe diferenciarse, por un lado, de la democracia, y por otro, del autoritarismo absoluto. Larry Diamond sostiene que así como existe una democracia liberal –que cumple más acabadamente con los requisitos del régimen– y una democracia electoral, del mismo modo podría hablarse de un autoritarismo electoral competitivo y un autoritarismo electoral hegemónico (2004:117-134). Para Andreas Schendler si la democracia implica un sistema donde los partidos pierden elecciones, el autoritarismo electoral es un sistema en el cual los partidos de la oposición son los que pierden elecciones (Schendler, 2004:137-156). Schendler distingue entre democracia liberal, democracia electoral, autoritarismo electoral y autoritarismo cerrado. En las autocracias electorales “competitivas”, los gobernantes autoritarios son inseguros; en cambio, en las autocracias electorales “hegemónicas” son invencibles (Ibíd., p. 153).

Diamond señala que los indicadores que distinguen entre los distintos tipos de autoritarismo –en su clasificación– son: a) el porcentaje de los puestos legislativos del partido gobernante; b) el porcentaje de los votos obtenidos por el candidato presidencial del partido gobernante; c) los años que el funcionario –presidente– ha permanecido en el poder. Y, obviamente, la única forma de que un mandatario tenga una larga estancia en el poder es, además de una probable manipulación electoral, a través de la previsión constitucional de la reelección indefinida.

En síntesis, la reelección indefinida parece ser una pieza clave no sólo en experiencias históricas conocidas, sino también en los regímenes autoritarios

que han emergido como resultado de la tercera ola de la democratización, sean autoritarismos competitivos o hegemónicos (no competitivos o cerrados).

Regímenes no democráticos y reelección, más allá de América Latina

Una muestra de dictadores y sus años en el poder hacia comienzos de 2011 basta para ilustrar las sombras no democráticas que aún tiñen el planeta: Muammar Al-Qaddafi de Libia, 41 años; Idriss Deby de Chad, 20 años; Robert Mugabe de Zimbabwe, 30 años; Omar Hassan Al-Bashir de Sudán, 21 años; Isaias Afwerki de Eritrea, 17 años; Meles Zenawi de Etiopía, 19 años; Kim Jong-il, Corea del Norte, 16 años. Muchos de estos regímenes llevan al personalismo a su mayor expresión llegando hasta la deificación de los autócratas. En algunos casos, hasta se monta un escenario ficticio electoral para mostrar una imagen diferente hacia el exterior.

Resulta claro que en la mayor parte de los regímenes no democráticos la posibilidad de reelección indefinida no es más que una mera cláusula que aparece en las Constituciones y que sirven para dar apariencia de juridicidad a un dominio autoritario o totalitario, donde la posible existencia de elecciones suele ser mera fachada o está sometida a una fuerte manipulación. Puede ser que existan elecciones fraudulentas o también que se limite drásticamente el acceso de candidatos o de las fuerzas políticas, en cualquier caso, no existen elecciones libres, transparentes y competitivas. La reelección indefinida es una institución que combinada con elecciones virtuales ha sido pieza formal para que no pocos autoritarismos hegemónicos persistan, hasta que los pueblos digan basta.

Lo ocurrido a comienzos de 2011 en parte del mundo árabe resulta interesante e ilustrativo pues allí los regímenes no democráticos no mostraban la forma tan cruda y cruenta de algunas tiranías, pero sus mandatarios duraban similar tiempo. Túnez y Egipto sufrieron revueltas que concluyeron con la caída de sus presidentes, Zine el Abidine Ben Ali y Hosni Mubarak, respectivamente, a principios de 2011. La importancia de los medios de comunicación, Internet y las redes sociales (Facebook, Twitter, entre otras) resulta

innegable, pero atribuir al soporte tecnológico la causa de las turbulencias en la región, parece excesivo. Para decirlo claramente, eran regímenes no democráticos más allá de la cosmética electoral que solía adornarlos. Regímenes autoritarios gobernados por un hombre y un grupo político, sostenidos por las fuerzas armadas y de seguridad. Regímenes centralizados donde la corrupción y el temor acompañan a poblaciones sumidas en la pobreza.

En Túnez, el presidente Zine El Abidine Ben Ali había sido electo en 1989 con el 99% de los votos y, en 1994, había obtenido su reelección con casi el 100% de los sufragios. Una reforma constitucional ocurrida en 2002 le permitió continuar siendo presidente y la última reelección había sido el 25 de octubre de 2009, donde obtuvo un nuevo mandato con casi el 90% de los votos. Hosni Mubarak, vicepresidente de Anwar el-Sadat, había ascendido a la presidencia tras el asesinato del primer mandatario. Fue reelecto sucesivamente en 1987, 1993, 1999, 2005 y 2010. Además, cabe destacar que Egipto tiene un período presidencial largo, de seis años. Asimismo, existían limitaciones para acceder a la candidatura presidencial, con lo cual Mubarak se aseguraba la imposibilidad de enfrentar candidatos competitivos, más allá de las irregularidades de los actos electorales. Estos casos, como en otros regímenes, no cuentan con los requisitos que definen mínimamente a un gobierno como democrático, pero exhiben una Constitución donde se incluye la reelección y se trata de dar visos de legalidad a lo que es, en realidad, un régimen autocrático.

En los últimos tiempos las reelecciones presidenciales suelen ser motivo de protestas por la falta de transparencia o directamente fraude. En la República Islámica de Irán la reelección del presidente Mahmud Ahmadinejad por el 63% de los votos, en los comicios del 12 de junio de 2009, ocasionó numerosas protestas, inusuales en los 30 años del régimen de la “revolución”. La oposición denunció fraude en la elección y el presidente tuvo que ser respaldado por el guía supremo del país, el ayatolá Alí Jamenei. Las manifestaciones fueron prohibidas por el régimen.

Las protestas del mundo árabe cuyos primeros epicentros fueron Túnez, Egipto y luego –con resultados más dramáticos– Libia, llegaron también a Yemen. Miles de manifestantes con la consigna “no a la reelección, no a la

sucesión”, frenaron la intención del presidente Alí Abdalá Saleh de prolongar su mandato a través de una reforma constitucional. Saleh había sido presidente de Yemen del Norte y fue también presidente luego de la reunificación. Desde 1990, la Constitución de Yemen había sido reformada dos veces y el 1° de enero de 2011 el Congreso ya estaba trabajando en cambios para superar los impedimentos para que se presentara en las elecciones de 2013. También, al igual que el caso de Egipto, se hablaba de una posible sucesión en cabeza del hijo del mandatario.

El test del tercer mandato

La discusión acerca de la reelección presidencial se ha centrado, con mayor atención, en la reelección inmediata por un período más. Quienes la han defendido y la defienden toman el modelo de los EE.UU. y quienes se oponen –sea que apoyen la prohibición absoluta o la reelección no inmediata– advierten los problemas culturales e institucionales de la región, que tornarían peligrosa la reelección inmediata de los presidentes. Como se ha señalado anteriormente, el debate sobre la reelección indefinida presenta pocos defensores, quizás porque implicaría un incómodo deslizamiento a posiciones dudosamente republicanas. Pero hay otra situación que suele darse en la realidad y que genera discusión ocasional: es el tercer mandato o la re-reelección, como se denomina en algunos países.

Que un presidente reelecto exprese su intención de buscar un tercer turno es esperable por tres razones. En primer lugar, mantener viva la posibilidad de un tercer mandato es un recurso que suelen agitar los mandatarios que transitan su segundo turno y si bien el objetivo de máxima es lograr un nuevo mandato, existe otro objetivo alternativo no menos importante: retener el poder hasta el último momento para evitar los efectos del *lame duck*. En segundo lugar, la apelación a un tercer mandato puede ser también una estrategia en pos de lograr, más adelante, la reforma constitucional para establecer la reelección indefinida. En tercer lugar, ha sido lugar común que los mandatarios que transitan su segundo mandato,

hayan intentado una reforma constitucional para continuar en el cargo. Este intento, según los casos, tuvo distinta suerte.

En relación con la “re-reelección” como estrategia para evitar que se licúe el poder cabe recordar la Argentina de Carlos Menem (Serrafero, 1999:451-474). Frente a un cuadro de progresiva debilidad, a principios de 1998, el menemismo montó una estrategia destinada presumiblemente a retener el mayor poder posible hasta el último día en el gobierno. Así fue que apareció ocupando el centro de la escena política el proyecto de “re-reelección” utilizando distintas tácticas para llevarlo a cabo: la convocatoria a una consulta popular; las presentaciones judiciales con el fin de que la Corte Suprema se expidiera sobre la inconstitucionalidad de la “proscripción del presidente”; proyectos de ley para que el Congreso declarase la necesidad de una nueva reforma que habilitara al presidente a una nueva postulación, etcétera. El resultado fue la instalación del tema como prioritario en la agenda política, y el Presidente permaneció durante varios meses en el centro de la discusión pública. Se intentaba también perturbar las potenciales candidaturas, del partido oficial y de la oposición, para retener poder, evitar “presidencias paralelas anticipadas” y aletargar el estado de *lame duck*. La situación, finalmente se resolvió con la renuncia del Presidente Menem al proyecto de “re-reelección”, frente a la convocatoria de una consulta popular en territorio bonaerense del Gobernador Duhalde. Las urnas echarían por tierra todas las tácticas políticas de la presidencia.

En cuanto a los intentos para llevar adelante una reforma constitucional y continuar en el cargo, sobran los ejemplos en América Latina, en África y en otras regiones. En relación con África, Bratton –siguiendo a Samuel Huntington– señaló la importancia del “efecto alternancia” respecto del cambio de las actitudes políticas y el compromiso con la democracia en el continente africano (Bratton, 2004). La alternancia es indicador de la aceptación de las reglas de juego de la democracia y, en el caso africano, del paso de un régimen de partido a un sistema multipartidista y competitivo.

Un interesante estudio advierte importantes cambios respecto del lugar común de la prevalencia de poder personal de los mandatarios en África sobre las reglas constitucionales (Posner y Young, 2007). La imagen es que los presidentes pueden violar o cambiar a su antojo las restricciones

legales y se imponen sus deseos sin imitaciones. Los autores señalan que habría comenzado una suerte de institucionalización política en África, cuyo indicador sería el modo en que los mandatarios dejan el poder. En las décadas del '60 al '90 el porcentaje de golpes de estado y asesinatos era casi la regla de sucesión. En el nuevo siglo, los presidentes dejan el poder en virtud de la limitación de sus mandatos constitucionales. Existen, por cierto, intentos de prolongarse en el poder. Entre 1990 y 2005, 18 presidentes africanos, durante su segundo mandato, estaban en la situación de buscar una reforma constitucional para lograr un tercer período. La mitad de ellos lo intentó con el siguiente resultado: tres fracasaron y seis lograron el éxito reformándose sus constituciones. Fracasaron en su intento de reforma constitucional para lograr un tercer período los presidentes de Malawi, Nigeria y Zambia. Y lo lograron los del Chad, Gabon, Guinea, Namibia, Togo, y Uganda (Posner y Young, 2007).

Parece que ha sido lugar común que los mandatarios que transitan su segundo mandato, hayan intentado una reforma constitucional o un cambio legal, con distinta suerte. En América Latina lo intentaron Argentina, Colombia, Perú y Venezuela. Lo lograron Perú y Venezuela, y fracasaron la Argentina y Colombia. Argentina –como se ha señalado– lo intentó durante el mandato de Carlos Menem, quien buscó llevar adelante la llamada “re-reelección”, sin suerte. Y en Colombia, Álvaro Uribe durante su segundo mandato mantuvo una enorme popularidad y, como se señaló antes, la Corte Constitucional rechazó la ley que convocaría al referéndum que habilitaría su tercer mandato. En relación con Perú, Fujimori pudo presentarse a un tercer mandato gracias a la aprobación de la “Ley de Interpretación Auténtica”, en 1996. Este texto interpretaba el art. 112 de la Constitución y establecía que la limitación de la reelección presidencial allí establecida estaba referida y condicionada a los mandatos presidenciales iniciados con posterioridad a la fecha de promulgación del texto constitucional. Esta interpretación significaba contar sólo un mandato de Fujimori permitiéndole otro turno en el poder. Respecto de Venezuela, cabe señalar que antes del gobierno de Chávez la reelección inmediata no estaba permitida; Chávez logra primero la reelección inmediata y, como se consignó anteriormente, en 2009 logra la reelección indefinida.

Presidencialismo fuerte y reelección sin límites

La reelección indefinida, entonces, puede jugar diferentes papeles. Puede ser sólo la consagración a nivel jurídico-constitucional de un régimen que de hecho es ya una dictadura o un autoritarismo, o bien coadyuvar a que un régimen de contornos democráticos se deslice con mayor facilidad hacia otro de corte dudosamente democrático. Una norma no es factor necesario ni suficiente para que se produzcan estos tránsitos, pero sí puede ayudar, según sean el diseño institucional y los elementos que caracterizan a las fuerzas políticas y la cultura de un país.

Lo cierto es que la combinación entre presidencialismo fuerte y reelección indefinida nos ubica en los umbrales de un régimen cuyo corrimiento al autoritarismo es muy probable. Poca duda cabe que vulnera los principios de una democracia en clave republicana que tiene, entre otros atributos, la división de poderes y la rotación de los cargos públicos. Presidencialismo fuerte y reelección indefinida se refuerzan mutuamente y tienen como puerto de llegada la concentración del poder en el aparato Ejecutivo.

Para los populismos radicales la política es una lucha donde el pueblo, para enfrentar al antipueblo y los factores que se le oponen, debe concentrar todo el poder en el líder. La presencia de un Estado todopoderoso dentro de un régimen presidencialista fuerte tiene como núcleo el liderazgo ejecutivo que es el que interpreta y conduce al pueblo. En esta particular versión de la política, las instituciones pueden significar la persistencia de residuos “neoliberales” y es así que se devalúa el papel del Congreso, la oposición política y los medios de comunicación que no responden al poder oficialista.

En este escenario, es probable que en los años que vienen asistamos a reformas constitucionales que sigan el camino venezolano para la continuidad de los líderes populistas que quieran mantenerse en el poder. En el llamado “bloque bolivariano” es probable que, de continuar el proyecto político que sustentan, tanto en la Bolivia de Evo Morales, como en el Ecuador de Rafael Correa, dentro de un tiempo lleguen a la conclusión que la persistencia del régimen necesita la continuidad de sus líderes, ya sea recurriendo al camino del “tercer mandato” o al atajo directo de la reelección indefinida.

Consideraciones finales

En América Latina encontramos dos tendencias en continuo dinamismo. De un lado, la tendencia –siempre insuficiente– de limitar el poder del presidente y, del otro, considerar que un mandatario debe tener la oportunidad de gobernar hasta tanto el pueblo así lo decida. La decisión sobre un tema tan relevante no debe circunscribirse a las opiniones y pasiones que despierta un caso particular en una coyuntura electoral concreta. Por el contrario, los que participan activamente en una empresa constituyente deben mirar hacia el futuro y obrar racionalmente. Una Constitución no se cambia sólo en virtud del resultado de un proceso electoral que puede obedecer a diferentes aspectos circunstanciales, el deseo de continuismo de una persona e incluso de un proyecto determinado.

Una reforma debe obedecer a motivos profundos y practicarse prudentemente según procedimientos legales, consensuales y racionales. Desde esta perspectiva de mayores miras, deben ponderarse las razones que fundamentan un criterio uniforme acerca de la reelección inmediata en los regímenes presidencialistas latinoamericanos y con mayor razón una reelección de carácter indefinida. Y el criterio ha sido, desde el siglo XIX, limitar los posibles abusos de los gobernantes teniendo en cuenta los rasgos caudillistas y autoritarios que existieron y aún existen en las sociedades latinoamericanas por un lado y, por el otro, el diseño institucional de un presidencialismo fuerte.

La realidad política alimenta la prevención y la cautela que deben envolver a toda reforma que implica un acrecentamiento del poder presidencial, a través de la posibilidad de extensión del período de los mandatarios. Por otro lado, resulta paradójico el hecho que gran cantidad de presidentes no pudieron completar sus mandatos desde principios de los noventa, cuando dio inicio una serie de caídas presidenciales. El dilema parece ser, entonces, cómo acortar por medios institucionales el mandato de un presidente desprestigiado y sin apoyo popular, más que la iniciación de procesos constituyentes para resolver la continuidad ilimitada de un mandatario. Reelegir a un gobernante es una alternativa legítima, pero dicha opción debería

conllevar una profunda transformación del marco institucional, a fin de erradicar el fuerte desequilibrio que tiene a su favor el Ejecutivo en los presidencialismos latinoamericanos. La combinación de la reelección presidencial indefinida con un diseño institucional de presidencialismo fuerte no es la mejor de las opciones, sino el riesgo más cierto contra la vigencia auténtica de los derechos de los ciudadanos, el equilibrio de poderes y la estabilidad de las instituciones.

La reelección presidencial indefinida no implica necesariamente que el país que la adopta convierta su régimen, automáticamente, en un autoritarismo competitivo o hegemónico, pero sí implica un riesgo para el progresivo deslizamiento hacia un régimen no democrático. EE.UU. tuvo también su expresión de reelección indefinida en la figura de Franklin D. Roosevelt. La enmienda XXII del 27 de febrero de 1951 puso fin a la posibilidad de una larga estancia en el poder. Las administraciones que culminaron su segundo mandato con gran apoyo popular –Eisenhower, Reagan, Clinton– no persiguieron una enmienda constitucional para continuar en la presidencia.

NOTAS

- 1 Un amplio panorama sobre la reelección presidencial puede verse en Serrafiero (1997 y 2010).
- 2 Al respecto sigue siendo útil el análisis de Riggs (1988).
- 3 Ver al respecto Pastor Martínez (2005).
- 4 Cabe destacar la repercusión que han tenido sus trabajos sobre el populismo, ver por ejemplo Laclau (2005). Sobre las ideas de Laclau puede verse el interesante estudio de A. Salinas (2010).
- 5 La pregunta del referéndum fue: “¿Aprueba usted la enmienda de los artículos 160, 162, 174, 192 y 230 de la Constitución, que amplía los derechos políticos del pueblo con el fin de permitir que cualquier ciudadano o ciudadana en ejercicio de un cargo de elección popular pueda ser sujeto de postulación como candidato o candidata para el mismo cargo por el tiempo establecido constitucionalmente?”.
- 6 Carlos Moscoso Perea (1990) ha identificado las distintas visiones sobre el populismo desde las teorías formalistas, estructural-funcionalistas, evasivas, desarrollistas, de alianza policlasista y post-marxistas. Sobre los diferentes significados, teorías y tipos de populismo

- ver también Di Tella (1974:67-110); Touraine (1989:165-184); Funes y Saint-Mezard (1993:315-353); Hermet (2003:5-18), y Panizza (2008:81-93).
- 7 El presidente de Venezuela, Hugo Chávez, reiteradamente se ha referido a la “dictadura mediática” que atenta contra los proyectos de implementación del socialismo de corte “bolivariano”.
 - 8 Se trataría por cierto de una definición incorrecta de democracia, lindante con las visiones plebiscitarias –y no liberales– que excluyen el constitucionalismo en general, y en particular es resguardo y protección de los derechos individuales, el derecho y la defensa de las minorías, y el control institucional del poder.
 - 9 En Ecuador, el populista José María Velasco Ibarra, fue cinco veces presidente de la Nación, y derrocado en cuatro oportunidades por los militares. El caudillo Velasco Ibarra dominó la política ecuatoriana por más de 40 años.
 - 10 Por intensidad, se distingue entre: dictadura simple y totalitaria. Por finalidad se diferencian en: a) dictaduras revolucionarias; b) dictaduras de orden o paternalistas, o reaccionarias, o conservadoras restauradoras. Por su origen (es decir, la extracción profesional de su personal) se distingue entre: a) dictaduras políticas; b) dictaduras militares; c) dictaduras burocráticas o de aparato (dictaduras durables donde ha tenido lugar el paso de una segunda generación). En cuanto al criterio ideológico: a) sin fundamento ideológico; b) con contenido ideológico que a su vez puede ser de intensidad mínimo o máxima. Ver Sartori (1987:207-209).
 - 11 Dentro de los regímenes cívico-militares, Morlino incluye también el tipo “burocrático-autoritario” desarrollado por Guillermo O’Donell (1982).
 - 12 En los últimos años el concepto se sigue utilizando para el análisis de distintos regímenes latinoamericanos. Ver por ejemplo, Uribe López (2010: 20-30) y Tanaka (2006).

REFERENCIAS

- Arenas, Nelly, 2006, “El proyecto chavista: entre el viejo y el nuevo populismo”, *Cuestiones Políticas*, N° 36, pp. 35-69.
- Benavente Urbina, Andrés, 2005, “Populismo radical y fragilidad democrática”, *Revista Enfoques*, N° 4, pp. 59-72.
- Bratton, Michael, 2004, “The ‘Alternation Effect’ in Africa”, *Journal of Democracy*, Volume 15, N° 4.
- Carey, John M., 2003, “The Reelection Debate in Latin America”, *Latin American Politics and Society*, Vol. 45, N° 1.
- Colette, Capriles, 2006, “La enciclopedia del chavismo o hacia una teología del populismo”, *Revista Venezolana de Ciencia Política*, N° 29, pp. 73-92.

- Colomer, Josep, M., 2001, *Instituciones Políticas*, Barcelona, Ariel.
- Cronin, Thomas, 1980, *The State of the Presidency*, Boston, Little Brown and Company.
- Di Tella, Torcuato, 1974, *Clases sociales y estructuras políticas*, Bs. As., Paidós.
- Diamond, Larry, 2004, "Elecciones sin democracia. A propósito de los regímenes híbridos", *Estudios Políticos*, Medellín, N° 24, pp. 117-134.
- Duverger, Maurice, 1970, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Ariel.
- Funes, S. y D. Saint-Mezard, D., 1993, "El populismo en Latinoamérica", en Vallespín, Fernando (Comp.), *Historia de la Teoría Política*, Tomo V, Madrid, Alianza, pp. 315-353.
- Hermet, Guy, 2003, "El populismo como concepto", *Revista de Estudios Políticos*, Chile, Vol. XXIII, N° 1, pp. 5-18.
- Hamilton, Madison y Jay, 1994 (1788), *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica.
- Hidalgo Trenado, Manuel, 2008, "Venezuela, Izquierda, Populismo y Democracia en tiempos de Chávez", *Documentos de Trabajo, Política y Gestión*, Madrid, Univ. Carlos III, pp. 4-35.
- Huntington, Samuel P., 1994, *La tercera ola. La democratización a finales del siglo XX*, Bs. As., Paidós.
- Laclau, Ernesto, 2010, "Vamos a una polarización institucional", *Página 12*, 17 de mayo, www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-145804-2010-05-17.html
- Laclau, Ernesto, 2005, *La razón populista*, Bs. As., Fondo de Cultura Económica.
- Lambert, Jacques, 1964, *América Latina*, Barcelona, Ariel.
- Levitsky, Steven y Way, Lucan A., 2004, "Elecciones sin democracia El surgimiento del autoritarismo competitivo", *Estudios Políticos*, N° 24, pp. 159-176.
- Lijphart, Arend, 1990, "Presidencialismo y democracia de mayoría", en Godoy Arcaya, Oscar (Comp.), *Hacia una Democracia moderna: La opción parlamentaria*, Santiago de Chile.
- Lijphart, Arend, 1989, "Democratización y modelos alternativos de democracia", *Opciones*, Santiago de Chile, N°14, pp. 29-42.
- Lijphart, Arend, 1989b, "Presidencialismo e democrazia maggioritaria", *Rivista Italiana Di Scienza Politica*, a.XIX, n.3, pp. 367-384.
- Linz, Juan J., 1975, "Totalitarian and Authoritarian Regimes", en Greenstein, F. I. y Polsby, N. W. (Ed.), *Handbook of Political Science*, Vol. III, pp. 175-411.
- Linz, Juan J. y Stepan, Alfred, 1996, "Modern Nondemocratic Regimes", *Problems of Democratic Consolidation. Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe*, The Johns Hopkins University Press.

- Linz, Juan J., 1994, "Presidential or Parliamentary Democracy: Does it Make a Difference?", en Linz, Juan J., y Valenzuela, Arturo (Eds.), *The Failure of Presidential Democracy*, The Johns Hopkins University Press.
- Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1982.
- Mainwaring, Scott, y Shugart, Matthew, S., 1997, *Presidentialism and Democracy in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Morlino, Leonardo, 2004, "Las alternativas no democráticas", *Postdata*, N° 10, pp. 149-183.
- Moscoso Perea, Carlos, 1990, *El populismo en América Latina*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- O'Donnell, Guillermo, 1982, *El Estado burocrático autoritario (1966-1973)*, Bs. As., Belgrano.
- Pacheco, Pedro S., 2011, "La otra arena de la competencia. ¿El inicio de un verdadero proceso de democratización?", *Revista Andina de Estudios Políticos*, N°3, pp. 1-17.
- Ortiz, Andrés, 2008, "Populismo y transnacionalidad. Una hipótesis sobre el liderazgo de Chávez y Correa", *Ecuador Debate*, N°73, pp. 63-75.
- Panizza, Francisco, 2008, "Fisuras entre populismo y democracia en América Latina", *Stockholm Review of Latin American Studies*, N° 3, pp. 81-93.
- Panizza, Francisco, 2008b, "La marea rosa", en Alcántara Sáez, Manuel y García Díez, Fátima (coord.), *Elecciones y política en América Latina*, México, Porrúa.
- Pastor Martínez, Manuel, 2005, "Alexander Hamilton. Los orígenes del nacionalismo político contemporáneo", *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), N° 127, pp. 25-55.
- Pius, Richard, M., 1979, *The American Presidency*, New York, Basic Books.
- Posner, Daniel N. y Young, Daniel J., 2007, "The Institutionalization of Political Power in Africa", *Journal of Democracy*, Vol. 18, N° 3.
- Riggs, Fred, 1988, "The Survival of Presidentialism in America: Para-Constitucional Practices", *International Political Review*, Vol. 9, N° 4, pp. 247-278.
- Salinas, Alejandra, 2010, "Populismo, democracia y capitalismo: leyendo a Laclau", trabajo disponible en www.esade.edu.ar/investigaciones
- Sartori, Giovanni, 1987, "Notas para una teoría general de la dictadura", *Opciones*, pp. 207-209.
- Sartori, Giovanni, 1995, *Ingeniería constitucional comparada*, México, Fondo de Cultura Económica.
- Sartori, Giovanni, 1990, *Teoría de la democracia*, Bs. As., Rei.

- Schedler, Andreas, 2004, "Elecciones sin democracia. El menú de la manipulación electoral", *Estudios Políticos*, Medellín, N° 24, pp. 137-156.
- Serrafero, Mario D., 2010, "Reelección presidencial en América Latina: evolución y situación actual", *Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, 2010.
- Serrafero, Mario D., 1999, "La reelección presidencial en América Latina", en Agulla, Juan Carlos (comp.), *Ciencias Sociales: Presencia y Continuidades*, Instituto de Derecho Público, Ciencia Política y Sociología, Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, pp. 451-474.
- Serrafero, Mario D., 1997, *Reelección y sucesión presidencial. Poder y continuidad: Argentina, América Latina y EE.UU.*, Buenos Aires, Editorial de Belgrano.
- Touraine, Alain, 1989, *Política y sociedad en América Latina*, Madrid, Espasa-Calpe.
- Uribe López, Mauricio, 2010, "Colombia y Venezuela: ¿democracias delegativas o autoritarismos competitivos? ", *Nueva Sociedad*, 227, Mayo-junio, pp. 20-30.
- Tanaka, Martín, 2006, "Los sistemas de partidos en los países andinos, 1980-2005: Reformismo institucional, autoritarismos competitivos y los desafíos actuales", *The Kellogg Institute Working Papers*, N° 324, Marzo.
- Wilson, James, Q., 1992, *American Government*, Lexington, D.C. Heath and Company.
- Zovatto, Daniel, 2009, "Ola reeleccionista en América Latina", *Nueva Mayoría.com*

¿QUÉ REGULA LA LEY CUANDO REGULA EL MATRIMONIO?*

*Jorge Nicolás Lafferriere***

Resumen: Este artículo se pregunta si la ley de matrimonio debe ser una mera regulación de la vida afectiva de las personas o más bien la plasmación normativa de una realidad socialmente relevante, con funciones y fines específicos. Sostiene que sólo es jurídicamente relevante una regulación del matrimonio cuando se trata de la unión estable de un varón y una mujer, con apertura a la transmisión de la vida y por tanto, como institución estructurante de los lazos familiares fundamentales.

Abstract: This paper asks whether the law of marriage should be a mere regulation of the emotional life of people or rather the translation into rules of a reality socially relevant, with specific functions and purposes. It argues that the only relevant legal regulation of marriage relates to the stable union between a man and a woman, with openness to the transmission of life and therefore, as an institution that structures essential family ties.

El debate sobre la ley 26.618 de modificación del matrimonio civil en la Argentina es ocasión para reflexionar sobre las razones que legitiman la intervención legislativa en esta materia. ¿Por qué debe existir una ley sobre matrimonio? ¿Qué persigue tal ley? ¿Es una regulación de la vida afectiva de las personas? ¿Es la plasmación normativa de una realidad socialmente

* Resumen de la participación del autor en el debate sobre la ley de reforma del matrimonio civil organizado en ESEADE en julio de 2010.

** Abogado (UBA). Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA). Profesor Pro-titular de Principios de Derecho Privado e Instituciones de Derecho Civil (UCA). Director de Investigación Jurídica Aplicada de la Facultad de Derecho de la UCA. Docente de Elementos de Derecho Civil (UBA). Director del Centro de Bioética, Persona y Familia. Email: nicolas_lafferriere@uca.edu.ar

relevante, con funciones y fines específicos, que corresponde sea protegida y promovida desde la legislación? Y en tal caso, ¿cualquier unión de personas tiene esa relevancia social?

En este trabajo procuraremos demostrar que sólo es jurídicamente relevante una regulación del matrimonio cuando se trata de la unión estable de un varón y una mujer, con apertura a la transmisión de la vida y por tanto, como institución estructurante de los lazos familiares fundamentales. Además, señalaremos los desajustes que produjo dicha ley en materia de filiación y las consecuencias que poseen los abusos biotecnológicos en esta materia.

La finalidad de la ley civil sobre matrimonio

La cuestión del matrimonio para los impulsores de la ley 26.618

Para los impulsores de la reforma del Código Civil, cuando la ley regula el matrimonio está regulando la vida afectiva de las personas. Así, el proyecto de la Diputada Vilma Ibarra sostenía que “reconoce a las personas la libertad de elegir con quien asumir los compromisos de la convivencia en pareja, regulada en la institución jurídica y laica del matrimonio, otorgando entonces iguales derechos y obligaciones con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de distinto sexo”.

Esta visión estaba ya presente en el fallo de noviembre de 2009 de la jueza en lo contencioso y administrativo de la Ciudad, Gabriela Seijas, que declaró la inconstitucionalidad del Código Civil en tanto exige la heterosexualidad como condición para la celebración del matrimonio y que fue el disparador de esta reforma legal. En su línea argumental, la jueza Seijas afirma: “La medida estatal impugnada [la denegatoria a realizar un matrimonio entre dos varones] impide a los actores disfrutar de los derechos de que son titulares las parejas que acceden al matrimonio. Por ejemplo, ventajas tributarias a la pareja –y a sus miembros considerados individualmente–, derechos de herencia y pensiones, privilegios testimoniales, beneficios en

políticas migratorias, capacidad de decidir por otro en situaciones de imposibilidad, entre muchas otras. Tales ventajas no resultan intrascendentes para quienes asumen como pareja un compromiso sexual, emocional y financiero con miras de estabilidad”.

Aparece aquí la materia que constituye el matrimonio en la nueva ley: es una institución formada por “quienes asumen como pareja un compromiso sexual, emocional y financiero con miras de estabilidad”.

La finalidad del matrimonio, la sexualidad y la transmisión de la vida

En realidad, creemos que preguntarse por la esencia del matrimonio es preguntarse por cómo se transmite la vida. El matrimonio no es una simple etiqueta que se pone o se quita de ciertas formas de unión entre personas (como si lo pudiéramos llamar asociación u otro tipo de denominación), sino que expresa esa peculiar institución humana que ofrece el mejor ámbito para la entrega mutua entre hombre y mujer que está en la base de la transmisión de la vida humana.

Al respecto, la institución del matrimonio no tiene por finalidad regular la convivencia en pareja, sino que la ley debería reflejar las exigencias de la justicia en torno a esa particular forma de unión entre personas, varón y mujer, que conforman un espacio humano de compromiso mutuo y estable que está abierto a la transmisión de la vida. Lo propio del matrimonio es ser una “comunidad de personas en una sola carne unidas en una forma de vida singularmente adecuada para la educación y el cuidado de los hijos” (George, 2009:207).

La sexualidad no reproductiva, más allá de las consideraciones que puedan formularse, no entra en la consideración jurídica de la institución matrimonial, justamente porque carece de la virtualidad de transmitir la vida. En cambio, la sexualidad reproductiva lleva implícita una normatividad y una juridicidad que sólo se expresa plenamente en la institución del matrimonio. Por eso, el matrimonio es una unión profunda y totalizante, que de suyo está ordenada hacia el bien de la procreación, como así también hacia el bien de la unión entre los esposos.

Afirma al respecto el filósofo John Finnis que:

El matrimonio es un bien humano distintivo y fundamental porque permite a las partes que lo integran, la mujer y el marido, florecer como individuos y como pareja, ambos por la forma más abarcativa posible de unión entre seres humanos y por la más radical y creativa de permitir que florezca otra persona, es decir, por traer a la existencia a esa persona como concebido, embrión, niño y eventualmente adulto, plenamente capaz de participar en el florecimiento humano bajo su propia responsabilidad (Finnis, 2008:389).¹

Justamente porque quienes se casan asumen un compromiso público de estabilidad, de fidelidad, asistencia, alimentos y cohabitación (cfr. Art. 198 y 199, Código Civil), se obligan a dar un marco que la sociedad considera valioso para que otras personas, con la dignidad que les es propia, vengan a la vida. En consecuencia, quienes brindan tal marco de estabilidad, son quienes pueden recibir los beneficios y “ventajas” del matrimonio.

Las ventajas que la ley concede al matrimonio

Las ventajas que se conceden al matrimonio –en la actualidad y tradicionalmente– no surgen por el mero hecho de que se trata de personas que expresan una relación afectiva estable, sino porque se trata de un varón y una mujer que mediante un compromiso estable de unión integral e intrínsecamente abierta a la fecundidad, dan el marco adecuado a la transmisión de la vida y, por tanto, cumplen en la dinámica social con un indudable rol de humanización y socialización de las personas.

Así ocurre, por ejemplo, con las disposiciones sobre el bien de familia (ley 14.394 y Art. 14 bis de la Constitución Nacional) o con las políticas sociales que asignan beneficios en función de la realidad matrimonial. Otras disposiciones que podemos mencionar son: el beneficio para la familia en la continuación de la locación en caso de abandono (Art. 9, ley 23.091); el derecho de habitación para cónyuge supérstite (Art. 3573, Código Civil); la indisponibilidad de los bienes propios o gananciales cuando son asiento

del hogar sin asentimiento del otro cónyuge (Art. 1277, Código Civil); la determinación de las cargas de la sociedad conyugal en lo atinente a la manutención de la familia (Art. 1275 inc. 1, Código Civil).

Esos beneficios no son arbitrarios ni caprichosos, sino que responden a las contribuciones concretas y tangibles que el matrimonio realiza a la sociedad, desde su estructura esencial de ser unión de varón y mujer capaz de transmitir la vida humana, no sólo desde lo biológico, sino de la procreación, crianza, educación y formación integral de los hijos. En esta línea, se ha sostenido que:

El matrimonio es una unión preferida por el Estado: ordena el parentesco, es moralizante, evita la promiscuidad, favorece la estabilidad de los hombres y su socialización, es la asociación más probadamente eficaz para la crianza de los niños, es la unión de personas menos violenta y más pacífica, es la asociación que torna más sustentable a la sociedad (Basset, 2009:1).

En muchos países, incluyendo la Argentina, el matrimonio recibe ventajas impositivas y legales concretas en función de su contribución a la sociedad, fundamentalmente a través de la procreación. En los Estados Unidos,

La ley de impuestos incentiva a las personas a contraer matrimonio y tener hijos, no porque sea un componente esencial del impuesto, sino porque es una parte esencial de la sociedad... la ley tributaria implementa el deseo de la sociedad de proporcionar un incentivo para esa institución que parece la más adecuada para perpetuar la sociedad - la familia tradicional (Black, 2008:356).²

La ley 26.618, al redefinir matrimonio, pretenden conceder a las uniones de personas del mismo sexo todos los beneficios del matrimonio, sin las obligaciones que les son correlativas y sin cumplir con esa función social que sí cumple, de manera propia, específica y excluyente, el matrimonio entre varón y mujer. En efecto, si al matrimonio entre varón y mujer se le reconocen ventajas en materias económicas o jurídicas, es por la función social que cumple la familia, desde la unión del padre y la madre que dan la vida y los hijos que

crecen y progresivamente se insertan en el más amplio cuerpo de la sociedad. Por ello, la modificación del Código Civil ha significado una apropiación de beneficios y ventajas propias del matrimonio entre varón y mujer.

Esta pretensión se verifica con toda claridad cuando se advierte que la ley 26.618 ha modificado un sinnúmero de disposiciones a través del Art. 42 que dispone: “Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo como al constituido por DOS (2) personas de distinto sexo. Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones. Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por DOS (2) personas de distinto sexo”.

Como dijimos durante el debate, no nos consta que exista un estudio de todas las disposiciones donde impacte esta reforma. En los Estados Unidos, con ocasión de la *Defense of Marriage Act* (DOMA),³ en enero de 2004 la Oficina de Contabilidad del Gobierno identificó 1.138 disposiciones federales en las que el estado marital resultaba relevante. Desconocemos si existe un estudio semejante en relación al matrimonio en nuestro país y reafirmamos que, junto con las consideraciones de fondo, una equiparación de las uniones de personas del mismo sexo al matrimonio de varón y mujer les concede beneficios y ventajas sin que realicen los correlativos aportes al bien común.

La redefinición del matrimonio y la ausencia de límites

Por otra parte, si la ley sobre matrimonio es una mera regulación de la vida afectiva, no se comprende por qué se pone un límite en el número de contrayentes, como finalmente decidieron los legisladores cuando al reformar el Art. 172 del Código Civil hablan de “ambos contrayentes”. Esta expansión del matrimonio es explícitamente confesada por dos españolas:

Para conseguir una revolución en el orden heterosexista hay que continuar. Si el matrimonio ya no tiene nada que ver con la biología, ni con la procreación, ni con el sexo, ni con el género, ¿por qué tienen que contraerlo dos personas? ¿Por qué no tres o cuatro? Ese es el camino (Gimeno y Barrientos, 2009:29).

El cambio legislativo operado por la ley 26.618 supone una organización social de carácter funcional, que absolutiza al individuo y diluye las formas asociativas intermedias, sobre todo la primera de ellas, la familia. Es el individuo, asexuado, el que entabla relaciones con sus pares. De alguna manera, con esta ley, el derecho de familia pierde especificidad y se asemeja de manera notable al contrato. Así, la ley se desentiende de la familia y uniformiza todos los fenómenos asociativos, en notable reduccionismo que priva a las personas y la sociedad de las riquezas propias del matrimonio.

En efecto, las personas quedan privadas de las perfecciones que le aporta esa primera comunidad y la sociedad toda se empobrece por la difusión de un modo de convivencia y relación centrado en el individuo aislado, que no se encuentra naturalmente en la familia como el primer lugar de socialización, sino que es lanzado casi sin mediaciones a la dinámica social.

La familia, como primera comunidad humana, ocupa un lugar clave, de gozne, articulador, en la relación persona-sociedad. Por ello, el respeto a su propia naturaleza y su promoción resultan claves en la tarea de edificación del bien común. El bien común, ese concepto tan difícil de asir pero tan decisivo para la vida social, se edifica desde las aportaciones que, por aplicación del principio de subsidiaridad realizan las personas, las familias y las instituciones, quienes a su vez se enriquecen por la participación en el bien común.

El matrimonio y el ordenamiento de los vínculos filiatorios y de parentesco

Pretensión de las uniones de personas del mismo sexo de tener descendencia

La segunda reflexión que queremos proponer en este trabajo refiere a la decisiva influencia que tiene la regulación legal del matrimonio sobre la paternidad y

la maternidad, como así también los vínculos de parentesco. Al respecto, la legalización de las uniones de personas del mismo sexo conlleva una alteración sustancial del ordenamiento jurídico de familia, que desnaturaliza no sólo la institución matrimonial, sino los institutos básicos del derecho de familia, particularmente la maternidad y la filiación.

En efecto, en tanto la ley incorpora bajo la figura de matrimonio a las uniones de personas del mismo sexo, estas personas tienen la pretensión de tener descendencia y que tal descendencia quede comprendida en el ámbito de la familia matrimonial. No se quiere solamente reconocer una relación afectiva entre dos personas. Se aspira a que dicha relación sea fundante de una familia con hijos y ello significa una alteración de todo el ordenamiento jurídico.

Ya no sólo se deconstruye el matrimonio en cuanto unión de complementariedad de varón y mujer, sino también en cuanto institución que ofrece el ámbito más seguro y favorable para la concepción, gestación y crianza de niños.

La disputa puede sintetizarse así: antes de la ley 26.618, la ley favorecía que la transmisión de la vida humana se hiciera a través del matrimonio, pues esta unión estaba formada por un varón y una mujer, quienes son biológicamente capaces de transmitir la vida y, si ello ocurría, otorgaban a los niños –principales interesados en el tema– estabilidad de vínculos y compromiso futuro para su educación. Con la ley 26.618, el matrimonio pierde relevancia como lugar para la transmisión de la vida pues sus componentes pueden o no ser capaces de transmitir biológicamente la vida. De esta forma, se desgaja la íntima e ineludible relación entre matrimonio y filiación.

La aplicación de biotecnologías reproductivas y los desajustes filiatorios

Con el afán de asimilarse por completo a la unión de varón y mujer, los nuevos y pretendidos matrimonios de personas del mismo sexo tienen la pretensión de tener hijos matrimoniales a través de técnicas de procreación artificial. Un voluntarismo ideologizado pretende arrasar con los límites biológicos, quebrar el principio del vínculo biológico para establecer la filiación

y enmarcar el régimen filiatorio en reglas de “voluntad procreacional”. Esta pretensión excede los límites de la moral y las buenas costumbres y ciertamente conduce a una afectación del bien común, por el deterioro que significa para los niños en sus vínculos más básicos.

En efecto, la pretensión de uniones de personas del mismo sexo de recurrir a técnicas de procreación artificial para concebir personas acarrea problemas jurídicos, que no tienen solución sin un grave menoscabo de los derechos de los niños.

Para nuestro análisis, resulta útil distinguir el “caso simple” (dos mujeres unidas en pretendido matrimonio que recurren a dador de gametos y la que da a luz al hijo es la que aporta el ovocito), de las otras variantes que se pueden presentar y que resultan mucho más complejas.

El “caso simple” y la ley 26.618

Comenzamos nuestro estudio a partir del que denominamos “caso simple”: se trata de dos mujeres unidas en presunto matrimonio que recurren a la dación de gametos de un tercero varón y en el que una de ellas es la que aporta el ovocito y lo gesta. Lo denominamos “simple” porque hay un recurso a la dación de gametos, pero no hay disociación entre la mujer que provee el ovocito y quien lo gesta, ni maternidad subrogada. Se puede resumir en la siguiente pregunta: ¿Un niño nacido de una mujer que está “casada” con otra mujer debe ser considerado hijo de ambas?

La pregunta estuvo en el centro del debate de la ley 26.618, aunque la mayoría de los legisladores optaron por ignorar las implicaciones de este problema y avanzaron con lo que es un costoso experimento social.

La solución de la ley 26.618 fue contemplar el tema desde una perspectiva puramente registral, pues dispuso que en este caso, al inscribir el nacimiento del niño, el Registro Civil haga constar en la partida el nombre de la madre (quien lo da a luz) “y su cónyuge” (Art. 36, Ley 26.413). De esta manera, la ley excluyó deliberadamente al padre al momento de anotar al niño, no definió en qué carácter figura la “cónyuge” y no reformó las normas sobre filiación que están contenidas en el Código Civil.

La solución que se estaría considerando desde algunos sectores es denominar a la “cónyuge” como una “comadre”, de tal modo que tendríamos un niño con dos madres y sin padre. Desde una perspectiva legal, ello resultaría incompatible con las normas vigentes en materia de filiación, pues según el Código Civil tal niño es hijo de la madre que proveyó el óvulo y que lo dio a luz y del padre que proveyó el semen. El niño debería ser inscripto con el nombre de su madre y de su padre.

Pero si avanza la norma propuesta, se violaría sobre todo el derecho a la identidad consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño (Art. 8, conocido como la cláusula “argentina”) y en la ley 26.061. El niño es deliberada y legalmente privado de su vínculo paterno y se le asigna un ficticio y doble vínculo materno.

En realidad, estamos ante una pretensión de violentar de manera voluntarista lo que la realidad dicta: el niño sólo tiene un padre y una madre biológicos, que son los dadores de los gametos. El caso que analizamos configura un abuso biotecnológico, que supone imponer a un niño una sustitución de identidad sin su consentimiento, excluyendo deliberadamente al padre e inscribiendo como madre a una mujer que no es madre.

Además cabe preguntarse cuál sería la solución si en lugar de recurrir a técnicas reproductivas, las mujeres hubieren recurrido a una unión “natural” de una de ellas con un varón. Sin perjuicio de los aspectos de derecho de familia involucrados, tendríamos así que la determinación de la paternidad y la maternidad dejarían de estar regidas por el nexo biológico y pasaría a imperar la mera “voluntad” de los padres. De prosperar estas visiones, avanzarían pedidos de padres y madres que renuncian a la filiación.

Si se avanzara con la idea de la comaternidad, el quiebre que se introduce en el sistema filiatorio es tan grande que surgen preguntas para el futuro: ¿Podría en el futuro el hijo “impugnar” la maternidad de la cónyuge de su madre biológica porque no tiene nexo biológico con el niño? ¿Podría el hijo “reclamar” la paternidad del dador de los gametos o de quien resultare el padre por una relación sexual? ¿Podría la “comadre” impugnar la maternidad si ella no consintió el recurso a las técnicas de procreación artificial o la infidelidad consentida, o en el caso de un eventual divorcio futuro?

¿Podría el “padre” reconocer la paternidad? ¿Podrían otros hijos biológicos de la “comadre” legal impugnar la filiación de su pretendido hermano, con fundamento en la ausencia de nexo biológico?

Los casos “complejos” y la ley 26.618

En el desarrollo anterior consideramos la norma de la ley 26.618 a la luz del que podríamos llamar caso simple, es decir, una mujer presuntamente casada con otra mujer que da a luz un hijo por aplicación de una inseminación artificial con el semen de un dador a partir de su propio ovocito.

Sin embargo, si nos planteamos, por mera hipótesis intelectual,⁴ la multiplicidad de variantes que se pueden generar a partir de una aplicación radicalmente voluntarista de las técnicas de procreación artificial a las uniones de personas del mismo sexo obtendríamos, provisoriamente, las siguientes situaciones:

En el caso de dos mujeres, en el cuadro I figuran las posibles variantes:

Cuadro I. Variantes de técnicas de procreación artificial en uniones de personas de sexo femenino

	Semen	Óvulos	Gestante
1	Dador	Cónyuge 1	Cónyuge 1
2	Dador	Cónyuge 1	Cónyuge 2
3	Dador	Dadora	Cónyuge 1
4	Dador	Cónyuge 1	Madre subrogante
5	Dador	Dadora	Madre subrogante

El supuesto 1 coincide con el que hemos denominado caso simple. En los supuestos primero y tercero, la cónyuge 2 no tendría ninguna relación biológica con el hijo concebido por las técnicas. Sin embargo, en el segundo supuesto, ambas cónyuges tendrían alguna relación con el hijo concebido, que por aplicación del Código Civil tendría como madre a la gestante (cónyuge 2), mientras que la cónyuge 1 sería en realidad la madre biológica. En los supuestos 4 y 5 aparecería la problemática de la

maternidad subrogada, que siempre tendría la maternidad legal, aunque en el supuesto 4, la cónyuge 1 podría reclamar la maternidad por el nexo biológico, mientras que en el supuesto 5 ninguna de las dos cónyuges podría reclamar un vínculo materno.

En el caso de dos hombres, en el cuadro II figuran las posibles variantes:

Cuadro II. Variantes de técnicas de procreación artificial en uniones de personas de sexo masculino

	Semen	Óvulos	Gestante
6	Cónyuge 1	Dadora	Dadora
7	Cónyuge 1	Dadora	Madre subrogante
8	Dador	Dadora	Dadora
9	Dador	Dadora	Madre subrogante

Claramente se advierte que en ninguno de los supuestos el cónyuge 2 tiene participación en los vínculos filiatorios con el supuesto hijo de esta unión de personas del mismo sexo. En los supuestos 7 y 9 aparece el mismo problema de la maternidad subrogada. En los supuestos 8 y 9 ninguno de los pretendidos cónyuges tendría vinculación biológica con el hijo concebido y se trataría de una contratación integral de servicios para la generación de un hijo.

Los cuadros precedentes permiten advertir la variedad de situaciones posibles en orden a verificar la necesaria alteración de los presupuestos biológicos que se encuentran en la base de la paternidad, la maternidad y la filiación.

Consideraciones conclusivas sobre la ley 26.618

A la luz de los desarrollos precedentes, podemos concluir que:

- a) La ley 26.618 modificó sustancialmente la definición del matrimonio.

Las uniones de personas del mismo sexo se apropian de los beneficios que se conceden legalmente al matrimonio, sin cumplir las funciones

que sí cumplen las uniones de varón y mujer, que son capaces de transmitir la vida y dar el marco más beneficioso.

- b) Subyace una falsa idea de que el matrimonio es la regulación de la vida afectiva de las personas. Ello conlleva un riesgo de avance del Estado y la ley sobre la libertad personal. El matrimonio de varón y mujer no está regulado legalmente por sus aspectos afectivos, sino por sus funciones sociales y su intrínseca ordenación a ser lugar de mutua edificación para la transmisión de la vida.
- c) La legalización como matrimonio de las uniones de personas del mismo sexo pretende legitimarlas para tener descendencia, sobre todo a partir de las biotecnologías reproductivas. Ello no puede realizarse sin graves daños contra los mismos hijos, que son privados de la estabilidad y complementariedad de varón y mujer. Además, múltiples problemas jurídicos se siguen de la aplicación de esas técnicas a uniones de personas del mismo sexo. Está en juego, sobre todo, el derecho a la identidad de los niños.
- d) En los hechos el niño se “cosifica”, pasa a ser un objeto sometido a la voluntad de los mayores que disponen sobre sus vínculos más íntimos y decisivos a partir de sus preferencias personales.
- e) No se trata de “encontrarle la vuelta” y dictar una nueva ley para modificar las normas sobre filiación y contemplar las variantes que surgen de estas nuevas uniones. La ley 26.618 ya se esforzó en violentar todas las normas que hablan de “padre” y “madre” y de “esposo” y “esposa” o de “matrimonio”. Pero no tocó las normas sobre filiación porque si lo hacía quedaban en evidencia todos los dilemas que aquí planteamos y que no encuentran solución sin una gravísima afectación del derecho del niño y del orden mismo de la sociedad.
- f) El problema es que la legalización de estas uniones significa tal alteración del orden jurídico vigente que hay que redactar de nuevo una buena parte del derecho de familia, o mejor dicho, considerarlo derogado porque casi todo se regula por la “autonomía de la voluntad”. Y ello por cuanto no se trata de una alteración de un orden jurídico positivo, sino una alteración del mismo orden de las cosas, del orden que surge de la naturaleza, del orden que las civilizaciones desde tiempos inveterados han reconocido

y respetado. La única solución es una derogación de la ley 26.618 y la sanción de normas de fortalecimiento y promoción de la familia fundada en el matrimonio entre varón y mujer.

NOTAS

- 1 En el original: “Marriage is a distinct fundamental human good because it enables the parties to it, the wife and husband, to flourish as individuals and as a couple, both by the most far-reaching form of togetherness possible for human beings and by the most radical and creative enabling of another person to flourish, namely, the bringing of that person into existence as *conceptus*, embryo, child, and eventually adult, fully able to participate in human flourishing on his or her own responsibility”.
- 2 En el original: “The tax law encourages individuals to marry and have children, not because it is an essential component of the tax, but because it is an essential part of society... the tax law implements society’s desire to provide an incentive for that institution which seems best suited to perpetuate society –the traditional family”. Ver también Schwartz (2005).
- 3 La ley federal de defensa del matrimonio fue promulgada en 1996 durante el gobierno de W. Clinton. Define al matrimonio como una unión legal entre un hombre y una mujer, y estipula que ningún gobierno subnacional puede ser obligado a reconocer como matrimonio una unión entre dos personas del mismo sexo que haya sido considerada matrimonio en otra jurisdicción.
- 4 Desde ya reiteramos nuestra firme oposición a los abusos biotecnológicos que surgen a partir de la aplicación de técnicas de procreación artificial, que consideramos contrarían los términos del Art. 953 del Código Civil: “El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto”.

REFERENCIAS

- Basset, Úrsula, 2009, “Parejas de personas del mismo sexo, derechos humanos y derecho civil”, *La Ley*, Sup. Act., 1 de diciembre.
- Black, Stephen T., 2008, “Same-Sex Marriage and Taxes”, *BYU Journal of Public Law*, Vol. 22, pp. 327-357.

- Finnis, John, 2008, "Marriage: a Basic and Exigent Good", *The Monist*, Vol. 91: 3-4, pp. 388-406.
- George, Robert P., 2009, *Moral pública. Debates actuales*, Santiago de Chile, Instituto de Estudios de la Sociedad.
- Gimeno, Beatriz y Barrientos, Violeta, 2009, "La institución matrimonial después del matrimonio homosexual", *Iconos*, 35.
- Oficina de Contabilidad General del Gobierno de los EE.UU., 2004, "Defense of Marriage Act: Update to Prior Report", Informe N° GAO-04-353R, 18 pp., disponible en <http://www.gao.gov/new.items/d04353r.pdf> (último acceso: 17-3-2010).
- Schwartz, Joel, 2005, "The socio-economic benefits of marriage: a review of recent evidence from the United States", Institute of Economic Affairs, Oxford, Blackwell Publishing.

CONCEPCIONES DE LA IGUALDAD Y MATRIMONIO HOMOSEXUAL: BREVES CONSIDERACIONES

*Eduardo Stordeur (h)**

Resumen: Este artículo resume mis argumentos a favor de la admisibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. Básicamente, intento mostrar que si nos tomamos la igualdad de las personas en serio, desde cualquiera de las concepciones más difundidas y aceptadas que usualmente empleamos para evaluar otras reglas legales y decisiones sociales, deberíamos admitir al mismo tiempo el matrimonio entre personas del mismo sexo. Hacia el final intento mostrar las razones por las cuales deberíamos rechazar los argumentos más frecuentes en contra de la admisibilidad del matrimonio homosexual.

Abstract: This article summarizes my arguments for the admissibility of marriage between same-sex persons. Basically, I try to show that if we take the equality of people seriously, from any of the most widespread and accepted conceptions usually used to evaluate other legal rules and social decisions, we should admit at the same time the marriage between same-sex persons. Towards the end, I attempt to show the reasons why we should reject the most common arguments against the admissibility of gay marriage.

Introducción

En el mes de Julio de 2010, apenas aprobada la ley que autoriza el casamiento entre personas del mismo sexo en la Argentina, fui invitado por

* Doctor en Derecho (UBA). Profesor Titular de Derecho y Economía (ESEADE). Profesor de postgrado (UBA). Profesor invitado (Escuela de Derecho, UTDT). Fue recientemente Académico Visitante en el Programa de Derecho y Economía (Universidad de Berkeley).
Email: eduardo_stordeur@yahoo.com.ar

el Departamento de Economía y Ciencias Sociales de ESEADE a participar de un debate sobre esa polémica reforma legislativa, que prácticamente dividió al país en dos bandos morales. En esta ocasión, quiero tan sólo reproducir algunos de los argumentos expuestos en esa oportunidad a favor de la admisibilidad del matrimonio homosexual. Ello me libera del rigor y del examen exhaustivo de la literatura, frecuentes en trabajos estrictamente académicos, para centrar mi atención en los argumentos que creo deberíamos tomar seriamente en cuenta para evaluar la admisibilidad o plausibilidad de admitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, liberando al texto de ciertos tecnicismos innecesarios en este plano de discusión.

Por ese motivo me voy a centrar más en las razones fundamentales por las cuales creo que deberíamos admitir el matrimonio homosexual, dejando de lado las frecuentes citas y comentarios usuales en trabajos académicos. Por otra parte, en tanto el asunto admite varios enfoques desde las más diversas disciplinas, sólo me voy a centrar en aquellas razones que considero más importantes a nivel legislativo: aquellas basadas en criterios de justicia. Esto excluye los enfoques y aportes de otras miradas que, aunque interesantes, no creo centrales al debate sobre la reforma de la ley de matrimonio civil.

En vez de mostrar de manera explícita y directa mis argumentos, haré algo que creo más interesante y convincente: voy a sugerir que si alguien se toma en serio la igualdad de las personas, en cualquiera de las tradiciones centrales seculares de filosofía moral, debería estar a favor de la admisibilidad del matrimonio homosexual. En otros términos, voy a sugerir que las concepciones de la justicia requieren, en aras de la consistencia y la plausibilidad, incorporar alguna noción de igualdad, y que las versiones o concepciones de igualdad más aceptadas y difundidas admiten de manera independiente el matrimonio entre personas del mismo sexo. Otra forma de presentar el argumento es que, si nos tomamos en serio la igualdad de las personas en cualquiera de sus acepciones más aceptadas, deberíamos admitir que las parejas del mismo sexo puedan contraer matrimonio en igualdad de condiciones con las parejas heterosexuales.

Aun cuando, desde luego, no puedo mostrar en este breve espacio las razones por las cuales estas concepciones de la igualdad deben o deberían

ser atractivas, creo que ellas capturan una forma de entender la igualdad intuitivamente atractiva, sin las cuales nos quedaríamos algo huérfanos para comprender qué es la igualdad y valorar otras instituciones sociales importantes. Voy a intentar, en suma, mostrar de manera intuitiva que si se cree que la igualdad constituye, en cualquiera de sus versiones más aceptadas, un valor social importante para la justicia, se debe admitir al mismo tiempo el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Finalmente, para completar el argumento, voy a intentar mostrar las razones por las cuales los argumentos usualmente más expuestos en contra de dicho matrimonio no resultan demasiado atractivos ni persuasivos, y en consecuencia deberían ser rechazados.

Justicia, igualdad y matrimonio homosexual

Aun cuando hay evidentemente muchos enfoques que pueden iluminar el asunto del matrimonio homosexual, creo que el argumento de mayor peso a la hora de evaluar una reforma legislativa sobre el tema debe ser uno basado en algún criterio de justicia. Quiero decir, con independencia de lo que la historia, la psicología, la biología, la economía o la jurisprudencia del asunto tengan para decirnos, y aun con independencia del peso que algunos de estos argumentos pueda o deba tener en el plano normativo, creo que son consideraciones de justicia aquellas que finalmente deben tener mayor peso a la hora de evaluar la conveniencia o admisibilidad de una reforma legislativa de esta naturaleza.¹

Por este motivo, voy a comentar brevemente algunos argumentos basados en la justicia, intuitivamente consistentes y atractivos, usados para evaluar muchas otras instituciones o casos difíciles, y que tienen amplia aceptación para evaluar reformas legislativas o decisiones normativas en general.

Creo que, mirado desde el punto de vista de la justicia, el matrimonio homosexual constituye un caso simple o al menos mucho más simple que otros que usualmente reciben menos atención del público. En este caso, sucede que las más importantes concepciones de la justicia, y de igualdad

que subyacen a éstas, apoyan de manera independiente su admisibilidad. Y aun cuando no puedo ahora mostrar los argumentos usuales por los cuales estos criterios son considerados atractivos para evaluar decisiones o reglas normativas, mi impresión es que si el lector desecha todos estos principios y argumentos debería al mismo tiempo desecha casi todos los principios y reglas de moralidad pública que usualmente consideramos centrales en una sociedad justa e igualitaria.² Quiero entonces mostrar que las más importantes y muchas veces rivales concepciones de justicia empleadas en materia normativa nos llevan a aceptar la admisibilidad del matrimonio homosexual.

Si bien no hay demasiado acuerdo respecto de lo que debe entenderse por justicia, sí hay cierto consenso de que cualquier criterio plausible debe contener alguna idea de imparcialidad o igualdad. Puesto en otros términos, se considera que la igualdad constituye un elemento constitutivo de la justicia y por ese motivo las diversas concepciones de justicia más aceptadas nos piden que tratemos a las personas de manera igualitaria. Si bien no hay acuerdo acerca de cuál de esas concepciones es la más correcta, o moralmente correcta, hay consenso respecto de cuáles son los criterios de igualdad más aceptados y difundidos que subyacen a las ideas más extendidas sobre la justicia.

Una mirada a la literatura mostraría que las tradiciones más importantes y las visiones actuales más extendidas contienen, por una cuestión de plausibilidad, alguna concepción de la igualdad compatible con esa mirada de la justicia. Siglos de pensamiento secular han ofrecido razones imparciales para las decisiones sociales y han depurado algunas pocas concepciones de igualdad que se estiman admisibles y que en general se emplean para valorar las reglas legales y sociales.

En muchos casos, estos criterios de justicia nos piden sacrificar seriamente alguna concepción de la igualdad para satisfacer otras, y lo usual es que la mayor parte de los autores y tradiciones de pensamiento otorguen prioridad a alguna concepción, o combinación de concepciones, sobre otra concepción u otra combinación posible. Es frecuente, por ejemplo, que una concepción de la igualdad formal ante la ley, típica del liberalismo clásico en sus variadas formas, nos pida sacrificar la igualdad en sentido positivo, es decir el acceso

concreto e inmediato de un grupo de personas a determinados bienes. A veces, otorgar prioridad al bienestar de las personas de manera igualitaria, donde el bienestar de cada persona tiene el mismo peso sin distinciones, lleva a que se sacrifiquen las perspectivas de un grupo de personas respecto de las de otras, violando otra concepción de la igualdad.

Con frecuencia, los problemas de ética aplicada nos piden elegir algunas concepciones de justicia, y es probable que las soluciones difieran seriamente según se ponga énfasis en:

- la autonomía de la voluntad e igualdad formal ante la ley, propia del liberalismo clásico, o
- el bienestar de las personas como fundamento de la corrección moral, en la versión corriente del utilitarismo, o
- la igualdad de las personas en un sentido sustantivo, que nos pide evaluar la ley para que las personas mejoren sus perspectivas y capacidades para conducir su propio plan de vida.

El caso del matrimonio homosexual ofrece un panorama alentador y poco frecuente puesto que todas estas concepciones de la igualdad, al menos en sus variantes más tradicionales, pueden emplearse como argumentos independientes y no contradictorios para respaldar este cambio legislativo recientemente acontecido en el país.

Una primera forma de entender la igualdad de las personas es apelando a un criterio de igualdad formal ante la ley, que puede ser expresado de manera clásica como un argumento basado en el valor de la autonomía de la voluntad de las personas. Este criterio, muy tradicional, pide que las personas tengan iguales derechos formales, es decir igualdad formal ante la ley, con independencia de su capacidad para realizar tales derechos. Con independencia de la capacidad financiera y la disponibilidad de otros medios, por ejemplo, somos iguales si todos tenemos legalmente garantizada la posibilidad de expresar nuestras opiniones o salir del país.³

Cualquier versión consistente de este tradicional argumento liberal debe pedir algo más: que la ley admita iguales espacios de libertad lo más amplios posibles y compatibles con los iguales derechos de los demás. Este principio no debería admitir (a) que un grupo de personas tenga menos

instrumentos para ejercer su autonomía que el resto y, (b) situaciones en la cuales es posible incrementar la autonomía de algunos sin perjudicar igual derecho de los demás. Creo que la combinación de ambos principios debería llevar a una concepción mínima del matrimonio, donde sean las partes las que en ejercicio de su mayor autonomía puedan libremente establecer los derechos y obligaciones matrimoniales o de pareja. Pero en tanto esto no es una posibilidad en el marco institucional actual, el primer principio de igualdad nos pide colocar a todas las personas en igualdad formal ante la ley, de modo que puedan ejercer en mayor grado su autonomía.⁴

Un test simple, que tomo prestado de la economía, podría contribuir a mostrar cómo debería operar este principio en la práctica: debemos preguntarnos si es posible alguna reforma legislativa que incremente la autonomía de las personas sin perjudicar al mismo tiempo la autonomía de las demás personas. La mejor respuesta sería un contrato matrimonial mínimo, dejando que sean las personas las que definan su plan de vida. Pero si esto no es posible, una persona seriamente comprometida con el valor de la autonomía de las personas debería, por consistencia interna, admitir (con independencia de sus preferencias) el igual derecho de las parejas homosexuales a contraer matrimonio.

Este criterio no debería ser vulnerable a las preferencias que las demás personas, en particular el grupo aventajado, tenga respecto de las libertades o grado de autonomía de las demás personas, siempre que se tenga un compromiso sincero con la autonomía de las personas. Quiero decir que si se toma en serio la autonomía e igualdad formal ante la ley, las preferencias de cada persona por determinados tipos de vida o elecciones privadas de vida no debería tener peso en este asunto. Nuevamente: desde este extendido enfoque no importan las preferencias que las personas tengan respecto del modo en el cual las personas ejercen su autonomía: lo que importa es reconocer un igual espacio de libertad.

Una segunda tradición teórica sobre la justicia considera que las acciones correctas son aquellas que promueven el bienestar o la utilidad por sobre otras alternativas.⁵ La corrección moral no depende, para el utilitarismo, de argumentos basados en principios, sino de las consecuencias que los

cambios legislativos tienen para la vida de las personas. El utilitarismo – una vieja e importante tradición de pensamiento moral, legal y político– por lo tanto no otorga, en su versión pura, un peso moral independiente a los principios de justicia. No puedo ahora comentar la gran variedad de versiones del utilitarismo, como tampoco sus debilidades y fortalezas, pero en general, un punto fuerte a favor es que a su modo adopta cierta imparcialidad en los planes de vida de las personas que usualmente se pide a las concepciones de justicia: ocuparse del bienestar de las personas de modo igualitario.⁶ Cualquier versión plausible del utilitarismo pide que el bienestar de cada persona cuente por igual, con independencia de las preferencias que el analista tenga por los planes de vida o las elecciones de las personas. Por este motivo, para computar el bienestar que sigue a una reforma, cualquier versión plausible del utilitarismo debe dejar de lado las “preferencias externas”, aquellas que las personas tienen sobre la vida de los demás.

Hay una buena cantidad de razones basadas en la consistencia argumental y las intuiciones que recomiendan dejar de lado “las preferencias externas” que las personas tienen sobre la vida de los demás, cuando hacemos el cálculo de bienestar. Creo que basta un buen ejemplo intuitivo para mostrar en breve el argumento: la mayoría blanca podría mejorar su bienestar más que la minoría negra con algunas medidas discriminatorias, o un grupo de personas podría emplear a otras como medios o instrumentos (una vieja prohibición moral) para lograr sus fines.

Por otra parte, un criterio de mayor bienestar que contempla preferencias por los demás podría mandar aplicar otros criterios de justicia o soluciones normativas diferentes al bienestar, pero esto es un sinsentido que ha sido eliminado de buena parte de la literatura de la materia.

Aplicado al caso bajo análisis, permitir que las personas del mismo sexo contraigan matrimonio significa mejorar el bienestar de un grupo de personas sin perjudicar las perspectivas de bienestar del resto de la sociedad. Esta medida no sólo permite un mayor bienestar, sino que además se ocupa de considerar el bienestar de las personas de manera igualitaria. En este caso, todos los atractivos de considerar la métrica del bienestar como base evaluativa de las instituciones y reglas legales ofrecen apoyo a la admisión

del matrimonio homosexual. Se permite que un grupo de personas mejoren su bienestar sin afectar el bienestar de las demás personas, siempre que eliminemos las preferencias externas, sobre la base de los argumentos antes comentados. Si admitimos que las preferencias de las personas que se oponen al matrimonio homosexual tengan peso en la decisión sobre la vida de las parejas homosexuales, deberíamos admitir muchos otros argumentos basados en preferencias externas que nos llevarían a conclusiones normativas aterradoras: los pobres podrían preferir que los ricos no se casen, los católicos que no lo hagan los inmigrantes no católicos, los profesionales universitarios excluirían a las personas no instruidas, etc.

Queda, por último, una tercera concepción importante de la justicia que defiende una forma de igualdad positiva diferente a la (negativa) antes considerada. En su forma más moderna y aplicable al caso (donde no hay problema de escasez de recursos), esta concepción pide que tomemos decisiones de tal manera de mejorar las perspectivas reales y las capacidades de las personas para ejercer su plan de vida.⁷ Pide considerar las posibilidades que las personas tienen de ejercer en los hechos sus planes de vida. Una reforma legislativa que autoriza a las personas del mismo sexo a contraer matrimonio les permite obtener mayor control sobre su propio plan de vida, colocándolas en una perspectiva de vida más igualitaria respecto de los planes de vida de las personas heterosexuales.

Un modo más general de exponer estos argumentos, especialmente atractivo si una persona es algo escéptica en el plano moral, es que en todos los casos estas concepciones de la igualdad favorecen algo que considero atractivo: la neutralidad estatal sobre los planes de vida de las personas. El Estado es neutral cuando no favorece el plan de vida de una persona respecto de otra, sobre la base de distinciones a las que asigna peso moral. En este caso, todas las concepciones de la justicia e igualdad que he comentado, al menos en sus variantes más simples, favorecen la neutralidad estatal respecto de los planes de vida de las personas. Creo, en suma, que las personas seriamente interesadas en lograr un sociedad más igualitaria, en cualquiera de los sentidos antes aludidos que son los dominantes en las teorías de la justicia contemporáneas seculares, deberían reconocer la admisibilidad del matrimonio homosexual.⁸

Breve examen de argumentos en contra del matrimonio homosexual

Las razones que con mayor frecuencia han sido expuestas en el debate público contra la admisibilidad del matrimonio homosexual son:

- (a) el argumento etimológico
- (b) argumentos basados en creencias religiosas
- (c) la supuesta finalidad de procreación del matrimonio como institución
- (d) la ley natural
- (e) la desvalorización de la institución matrimonial y/o
- (f) el declive moral o efectos adversos en otros valores o instituciones, en especial la adopción homosexual.

Voy a considerar brevemente estos argumentos. Creo que (a) el argumento basado en la etimología de las palabras tiene poco sentido: las palabras son instrumentales y cambian con el tiempo, tanto como las definiciones legales. Creo que sería un absurdo limitar el sentido de las palabras a sus significados etimológicos, algo que nos dejaría incomunicados y perplejos en el campo legal. Palabras legales importantes como patrimonio o persona han tenido significados muy diferentes a los actuales, y no creo que deberíamos retomar el sentido etimológico de estas palabras.

Sin embargo, algunas personas han manifestado la conveniencia de usar diferentes palabras para designar legalmente a los matrimonios constituidos por cónyuges del mismo o diferente sexo. Creo que esto es inconveniente y hasta peligroso. No veo porqué deberíamos usar diferentes palabras para reglas con iguales contenidos normativos, y menos cuando se busca mejorar las perspectivas sociales de un grupo minoritario. Las leyes deben ser interpretadas y, aun cuando seguramente la jurisprudencia hará sus adaptaciones, el peligro de llamar dos instituciones legales centralmente iguales con distinto nombre me parece evidente. Con independencia de cierto sesgo discriminatorio, podría llevar a malas interpretaciones con afectación de la igualdad de las personas.⁹

Muchos han propuesto (b) argumentos basados en la religión. Pero creo que en una sociedad civil pluralista está fuera de cuestión el derecho de las personas que siguen un credo en particular a regirse por sus propias

prácticas y costumbres, básicamente por los mismos argumentos que debemos respetar planes de vida que incluyen el matrimonio homosexual. Una sociedad igualitaria, en cualquiera de los tres sentidos del término, debería limitar las creencias religiosas a las personas creyentes.

Desde hace siglos que Estado y religión actúan en esferas diferentes: desde Hobbes en adelante, la justificación del Estado y sus actos son de tipo racional, no basada en la fe. Hace largo tiempo que los filósofos católicos se ocupan de dar (en muchos casos, creo) buenos argumentos que pueden ser atractivos, incluso para aquellas personas que no comparten su fe, respecto de varios temas. Claro que cada uno tiene derecho a adoptar preceptos religiosos, pero la mayor parte de la gente entiende que éstos no deben ser impuestos por la fuerza a las demás personas. Si una persona es homosexual y católico tiene, eventualmente, un problema privado, no público, legal o político.

En suma, los religiosos tienen sus propias instituciones y prácticas que, en este debate, están fuera de cuestión. Visto desde una concepción pluralista, creo que un grupo religioso tiene tanto derecho a negar el matrimonio a las parejas homosexuales como éstos a negar el matrimonio a un grupo de religiosos. En realidad, el asunto es buscar la forma en la cual las personas ejerzan sus propios planes de vida sin sufrir interferencias de las preferencias de los demás. Tener un derecho es tener un veto a las preferencias de los demás, y no una rendición de cuentas ante un grupo determinado.

Pasemos ahora al próximo argumento. No estoy seguro de que (c) el matrimonio sea una institución que tenga por finalidad o fundamento la procreación. Es probable que el amor libre sea más proclive a ese resultado. Pero no creo que honestamente nadie esté muy dispuesto a asumir las consecuencias de ese argumento en toda su extensión: eliminaría a las personas mayores, las personas estériles o aquellos que buscan en el matrimonio amor y compañía. Creo que para muchas personas el proyecto en común y el afecto tienen peso independiente de la procreación como meta usual del matrimonio. Por otra parte, en general, cuando se concede un derecho se concede un espacio de libertad y no un permiso para obtener metas específicas según nuestras valoraciones. Si las personas quieren obligarse mutuamente

y contraer obligaciones más firmes en su plan de vida, no veo que el hecho de tener o ser capaces de tener hijos biológicos deba tener peso independiente en la admisión de ese derecho.

El argumento (d) de la ley natural sólo funciona para las personas que creen en la existencia de una ley objetiva que establece criterios cognoscibles y universales de justicia; en el deber del sistema legal de incorporar esa ley para ser considerado justo o correcto; y en que esa ley además prohíbe el casamiento entre personas del mismo sexo. Pero no hay evidencia acerca de la existencia de esa ley natural, no es muy claro el modo en el cual podemos conocerla, no hay un método compartido para debatir sobre ella y mostrarla con términos claros e impersonales, como pide el debate público actual, y no es muy seguro que la ley positiva deba necesariamente incorporar todos o al menos parte importante de la ley natural, aun concediendo su existencia. Por último, tampoco debería ser siempre evidente que la ley natural prohíbe cualquier forma de relación homosexual, y si así fuese, no es muy claro que haya buenos motivos para que la ley privilegie esta prohibición por sobre otros valores que la ley natural también podría contemplar, como la autonomía o el mandato perfeccionista que pide no perfeccionar a las personas empleando la ley.¹⁰

Creo que sólo mostrar lo primero constituye un problema muy grande: la mayor parte de las especies animales practican sexo con individuos del mismo sexo, y es muy difícil mostrar que hay otra ley natural distinta a las leyes que conocemos. Si así fuese, no están claras las razones por las cuales debemos seguirlas y, todavía más, las razones por las cuales debemos imponerlas a los demás.¹¹ Por otra parte, no es muy seguro que debemos tomar decisiones según una ley natural; quizás la justicia sea un gran artificio que, como la cirugía o Internet, mejora nuestras vidas.

Por último, no veo el modo en el cual (e) extender iguales derechos puede afectar a los matrimonios heterosexuales, ni en qué sentido puede desvalorizar la institución del matrimonio. Un argumento similar es aquél para el cual, una vez que “admitimos” esto, poco falta para la adopción y otras prácticas con las cuales “realmente” no estamos de acuerdo. En ese caso, es más consistente distinguir los temas y examinarlos por separado.

Pero no veo el modo en el cual extender derechos y tratar a las personas con debido respecto por su autonomía, puede impactar negativamente en los valores de la sociedad. Los cambios suelen generar miedo. Es conocido el escándalo moral que provocaron innovaciones tales como el uso de cubiertos para comer, en el medioevo, y el empleo masivo de inodoros durante el siglo XIX en la mediana burguesía inglesa: se los consideraba antinaturales, peligrosos artificios que desnaturalizaban las prácticas humanas. Finalmente, creo, que extender derechos a grupos minoritarios ni los artificios de la vida cotidiana han deteriorado las bases de la sociedad. Es conveniente ser cautelosos, pero no creo que de una reforma de esta naturaleza se siga un declive de valores: al contrario, creo que es un avance, siempre que consideremos a la igualdad un valor destacable.

Otro argumento se centra en las consecuencias institucionales de admitir el matrimonio homosexual. Se afirma que el problema serían otras consecuencias legales, como por ejemplo la adopción homosexual. Sin embargo, a nivel analítico y legislativo, en muchos casos son temas independientes. En el caso de la Argentina, los dos temas están implicados y entiendo que eso hace mucho más complejo el debate. No puedo ahora examinar este asunto pero creo que una pregunta relevante, aunque no necesariamente decisiva, es: ¿en ningún caso una pareja homosexual puede ser mejor padres que una pareja heterosexual que califique para adoptar? No tenemos evidencia consistente de que haya problemas con los menores adoptados por parejas homosexuales,¹² ni veo el motivo por el cual en este asunto deberíamos dejarnos llevar por simples gustos o ideas vagas y no apoyar nuestras opiniones en los datos, como usualmente hacemos con otros temas.

En cualquier caso, el asunto de la adopción homosexual es un tema independiente y, como sucede con las parejas heterosexuales, se debería evaluar caso por caso la conveniencia de adopción por parte de las parejas homosexuales. En este caso, puede hacer muchas reglas posibles, pero quizás los dos criterios más importantes serían o bien considerar que las parejas homosexuales y las heterosexuales están, todo lo demás constante, en pie de igualdad, o bien otorgar alguna forma de prioridad a alguno de ellos y

(por cuestiones de contexto) es posible que muchas personas crean conveniente dar peso favorable en la selección a las parejas heterosexuales.

En este último caso, en mi opinión, si se admite el derecho a la adopción homosexual el argumento no debería afirmar una ventaja absoluta de las parejas heterosexuales (lo que sería muy poco plausible) sino una relativa: en otros términos, las parejas heterosexuales deberían tener prioridad sólo en “igualdad de condiciones”. De otro modo, el argumento diría que cualquier pareja heterosexual siempre y en todos los casos, con independencia de cualquier otra condición, tiene prioridad sobre cualquier pareja homosexual. Eso sería una negación del argumento, o una versión demasiado pobre del mismo, que debiera excluirse (a mi juicio) de una lectura razonable del derecho de adopción homosexual.¹³ Pero el asunto es que los datos, recolectados en casi medio siglo de experiencia, muestran que los chicos adoptados por parejas homosexuales no tienen desventajas ni problemas, de modo que cualquier forma de prelación, en el mejor de los casos, sólo debería afirmar una ventaja relativa y no absoluta de las parejas heterosexuales.¹⁴ Quiero decir que, con independencia de los gustos de las personas y sus creencias, no hay datos que avalen que la adopción por parejas homosexuales sería desventajoso para los menores, y el bienestar de los menores, creo, debería ser el elemento central para decidir el asunto.

Conclusión

La finalidad de este trabajo es mostrar que una persona que se toma en serio la igualdad de las personas –en cualquiera de las acepciones más importantes en que empleamos el término en otras áreas del sistema legal y moral en general– debería adoptar una opinión favorable a la reciente reforma legislativa en la Argentina que autoriza el matrimonio entre personas del mismo sexo. Hay cierto consenso de que la igualdad constituye un elemento constitutivo de cualquier criterio plausible de justicia, y al mismo tiempo he intentado también mostrar que los criterios más importantes y considerados más plausibles e intuitivos en la literatura sobre la justicia, admiten o deberían

admitir el matrimonio homosexual. Finalmente, he intentado mostrar muy brevemente las razones por las cuales deberíamos rechazar los argumentos usualmente más empleados contra la admisibilidad del matrimonio homosexual. La idea central del artículo es básicamente esta: si el lector desecha estos argumentos debe al mismo tiempo desechar los criterios de justicia e igualdad con los cuales usualmente juzgamos, aun con diferencias, las demás instituciones de la sociedad.

NOTAS

- 1 Cuando digo consideraciones de justicia, algunas versiones de ésta incluyen razones prudenciales.
- 2 No puedo ahora explicar las razones por las cuales estas concepciones de igualdad son consideradas atractivas, y admito que un argumento basado en convencionalismos académicos supone una especie de gran falacia de autoridad: pensar que las personas supuestamente más especializadas en un tema tan poco demostrable como la justicia, en conjunto y con divergencias sustantivas, deben estar en lo correcto. Pero buena parte del éxito de estas miradas sobre la justicia se debe, en mi opinión, a que capturan algo profundamente intuitivo acerca del significado de la igualdad.
- 3 Hay una variedad importante de visiones de la justicia liberal clásica, para dos de las más importantes véase R. Nozick (1974) y F. Hayek (1960).
- 4 El argumento puede intentarse desde otras concepciones de la libertad y no necesariamente desde la autonomía, pero no puedo ahora mostrar otras variantes del argumento. La idea central es el igual respecto por los planes de vida de las personas.
- 5 Nuevamente: aquí hay muchas variantes, pero quiero transmitir la idea en general de esta forma de evaluar la corrección moral o la ética en un sentido prudencial.
- 6 Un atractivo del utilitarismo es que ofrece una forma o concepción de la igualdad. Ver, por ejemplo, W. Kymlicka (1990:31 ss.) y A. Sen (1992:13 ss.).
- 7 Véase Sen (1992), y B. Williams (1987).
- 8 Creo que, en general, todas las visiones de la justicia liberales en sentido amplio deberían admitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, aun cuando las variantes que creo más atractivas de este enfoque deberían permitir que las personas contraten libremente sobre sus derechos y obligaciones de pareja, en una tendencia a eliminar o suprimir buena parte de lo que entendemos por matrimonio civil. Pero claramente ese no fue el tema del debate. Ver al respecto E. Brake (2010).
- 9 Lo mismo se aplica al uso de la figura de la unión civil, aun cuando tenga iguales contenidos que el matrimonio civil.

- 10 Creo que un excelente libro que muestra la dificultad de una ley moral natural objetiva es el de J. L. Mackie (2000).
- 11 Las prácticas homosexuales en animales son muy conocidas desde hace tiempo. Véase, Marmor (1967), en particular la parte primera del libro, “El punto de vista de las ciencias biológicas”, pp. 10-100.
- 12 Ver el link de la Asociación Americana de Pediatría (2010), que nuclea a decenas de miles de pediatras de Estados Unidos, donde emiten su opinión favorable sobre los hijos de padres y madres homosexuales.
- 13 En otros términos, si alguien cree que las parejas heterosexuales deberían tener una ventaja absoluta sobre las parejas homosexuales, entonces, al mismo tiempo, afirma algo próximo a esto: “en ningún caso una pareja homosexual puede ser mejores padres que una pareja heterosexual”. Si esa es la afirmación, creo más consistente (para quien tiene esa creencia) negar el derecho a adoptar, puesto que tendría una visión demasiado pesimista de las perspectivas del menor.
- 14 Para un examen de la literatura, ver J. Stacey y T. J. Biblarz (2001).

REFERENCIAS

- Asociación Americana de Pediatría, 2010, “Where We Stand. Gay and Lesbian Parents”, Informe disponible en <http://www.healthychildren.org/English/family-life/family-dynamics/types-of-families/Pages/Where-We-Stand-Gay-and-Lesbian-Parents.aspx>
- Brake E., 2010, “Minimal Marriage: What Political Liberalism Implies for Marriage Law”, *Ethics* 120: 302-337.
- Hayek, F.A, 1960, *The Constitution of Liberty*, London: Routledge.
- Kymlicka, W., 1990, *Contemporary Political Philosophy*, Oxford: Clarendon Press.
- Mackie, J.L., 2000, *Ética. La inversión de lo bueno y lo malo*, Gedisa, Barcelona.
- Marmor, J. et al, 1967, *Biología y sociología de la homosexualidad*, Paidós, Buenos Aires.
- Nozick, R., 1974, *Anarchy, State, and Utopia*, New York: Basic Books.
- Sen, A., 1992, *Inequality Reexamined*, Oxford: Clarendon Press, Cambridge: Harvard University Press.
- Williams, B., 1987, “The Standard of Living: Interests and Capabilities,” en A. Sen, *The Standard of Living*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Stacey, J. y T. J. Biblarz, 2001, “(How) Does Sexual Orientation of Parents Matter?”, *American Sociological Review* 66, 2:159-183.

RIIM

Revista de Instituciones, Ideas y Mercados

Pautas para presentar trabajos

1. **Objetivo:** RIIM tiene por finalidad publicar trabajos en las disciplinas sociales, económicas, de negocios y las humanidades, con especial énfasis en las instituciones, ideas y tradiciones que hacen posible el funcionamiento de una sociedad pluralista y libre. Los trabajos, que deben ser originales, serán enviados por correo electrónico a riim@eseade.edu.ar para ser evaluados por la Editora General y anónimamente por expertos. La aceptación o el rechazo se comunicará a partir de los 30 días y hasta 60 días después de recibido el trabajo.
2. **Contenido:** Las colaboraciones serán publicadas como dossier, artículo, ensayo, debate, conferencia o reseña de libro. Un dossier es una compilación de trabajos sobre un tema especial; un artículo busca dar respuesta a una pregunta de investigación académica; un ensayo brinda el punto de vista del autor sobre un tema; los debates y conferencias dan cuenta de tales actividades. La extensión de los artículos varía entre 7.000 y 11.000 palabras (incluyendo gráficos, cuadros, notas y referencias bibliográficas), la de ensayos, debates y conferencias entre 4.000 y 6.000 palabras, y las reseñas entre 2.000 y 3.000 palabras.
3. **Presentación:** Con un asterisco en el título remitiendo al pie de la primera página se indicarán comentarios, agradecimientos, etc.; con doble asterisco en el nombre del autor remitiendo al pie de la primera página se indicará su título y universidad, afiliación institucional y dirección de correo electrónico.
4. **Resumen:** Los artículos, ensayos, y textos de debates o conferencias deben ir precedidos de un resumen en inglés y español, de 50 palabras cada uno, que informen sobre el núcleo temático del trabajo.

5. **Bibliografía:** Los trabajos deben tener una bibliografía al final, que incluya sólo los textos citados en el cuerpo del artículo, que refleje el estado actualizado de la literatura y que esté ordenada alfabéticamente, con las siguientes formas:
- a) Libro, hasta tres autores:
Conesa, Francisco y Jaime Nubiola, 1999, *Filosofía del lenguaje*, Barcelona: Herder.
 - b) Libro, más de tres autores:
Benegas Lynch (h), Alberto et al., 1984, *Cristianismo y libertad*, Buenos Aires: Fundación para el Avance de la Educación.
 - c) Libro, compilador:
Yarce, Jorge (comp.), 1986, *Filosofía de la comunicación*, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.
 - d) Artículo, en libro con compilador:
Llano, Alejandro, 1986, “Filosofía del lenguaje y comunicación” en Yarce (comp.), *Filosofía de la comunicación*, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.
 - e) Artículo, en publicación periódica:
Ravier, Adrián, 2006, “Hacia un estudio comparativo de las teorías económicas defendidas por Joseph Schumpeter y Ludwig von Mises”, *Libertas* 44 (Mayo), pp. 251-326.
 - f) Libro, consultado en Internet
Adam Smith, 1982 [1759], *The Theory of Moral Sentiments*, D.D. Raphael y A.L. Macfie (eds.), vol. I de *The Works and Correspondence of Adam Smith*, Indianapolis: Liberty Fund, en <http://oll.libertyfund.org/title/192>.
 - g) Otras fuentes consultadas en Internet deben incluir nombre de autor u organismo, año, título del texto, y alguna referencia al sitio web (comprobar que estén disponibles al momento de remitir el artículo).
6. **Referencias:** las referencias que no agreguen información al contenido del documento se incluirán en el texto principal entre paréntesis. Las notas y referencias bibliográficas que agreguen información al contenido al cuerpo del texto deben incluirse al final del artículo.

7. **Idioma:** Se minimizará el uso de expresiones en un idioma distinto del que se escribe. Asimismo se respetará el criterio gramatical de la lengua en que se escribe: por ejemplo, en español sólo van con mayúscula los nombres propios de personas y entidades, y los nombres de lugar y eventos históricos; en inglés también van en mayúscula los meses del año y los derivados de nombres geográficos.

8. **Otros formatos:**

Los trabajos se enviarán como documento adjunto en Word 2003, con fuente Times New Roman N° 12, a simple espacio. Todas las páginas deberán numerarse.

El texto principal debe estar alineado a la izquierda, sin espacios entre párrafos y sin sangrías ni tabulaciones. El título del artículo y los subtítulos deben ir en negrita y en minúsculas.

Las citas extensas dentro del texto principal deben ir en párrafo aparte con espacio anterior y posterior de 1, y sin comillas.

Se reserva el uso de la cursiva o bastardilla exclusivamente para las palabras en idioma extranjero y los subtítulos dentro de cada sección.

Los gráficos y cuadros deben presentarse en archivo aparte (Excel o Word) indicando el número (correlativo), título, fuente y notas. En su lugar deben colocarse en el texto principal la referencia de número y el título.