

LA ADOPCIÓN: ALGUNAS CONSIDERACIONES ECONÓMICAS

Eduardo Stordeur (h)

Introducción

El objetivo del trabajo es analizar desde el enfoque económico las principales consecuencias posibles de admitir el derecho subjetivo a la libre transferencia onerosa o gratuita (en suma “libre”) de la patria potestad sobre los menores, con la finalidad más que de arribar a específicas conclusiones, de evidenciar los efectos de una medida de esta naturaleza. Esto, implica, fundamentalmente, suponer la patria potestad como un conjunto de derechos (y deberes) que integran el comercio y comparar los probables efectos de una medida de esta naturaleza con el sistema vigente en la actualidad, caracterizado por la fuerte intervención del Estado, siempre poniendo énfasis en los efectos o consecuencias de este último sistema de asignación.

El análisis económico del derecho (AED), paradigma o movimiento (muy heterogéneo) dentro del cual puede ubicarse este trabajo, no efectúa apreciaciones utilizando criterios de justicia o de sistemática legal sino que opera, en su aspecto positivo o descriptivo, limitándose a señalar las consecuencias probables de las instituciones legales. Así, a diferencia de lo que ocurre en dogmática legal donde se reconocen “bienes” que están incluidos o excluidos del comercio según criterios valorativos o de sistemática legal, para el enfoque económico, “bien” es todo aquello que tiene utilidad marginal y en consecuencia precio en el mercado. En este sentido, para el enfoque económico los derechos no operan sobre “cosas” en sentido estricto, sino que consisten en “facultades de actuación” frente a terceros. Este será, entonces, el enfoque a desarrollar en el presente trabajo, con el objeto de revisar las consecuencias de la plena vigencia de un mercado de menores sin la intervención estatal.¹

Finalmente, es necesario introducir una aclaración adicional. En el ámbito del AED se distingue con frecuencia, siguiendo una tradicional clasificación, entre análisis positivo y normativo. Mientras el primero, en el caso del derecho, tiene por finalidad “predecir” (lo cual es imposible) o anticipar posibles tendencias de mercado derivadas de la vigencia de reglas de derecho, la segunda tiene por finalidad sugerir modificaciones al sistema legal sobre la base de la eficiencia.² El presente trabajo se limita solamente a análisis positivo, particularmente a la descripción de posibles tendencias de mercado y de modo alguno se orienta a recomendar cambios o modificaciones, para lo cual sería necesario indagar en aspectos éticos que no podemos tratar en el presente ensayo. Por otra parte, cabe la aclaración, se trata simplemente de una introducción destinada a abordar aspectos

¹ Para una autorizada introducción al enfoque económico del derechos de propiedad, véase, Yoram Barzel, *Economic Analysis of Property Rights*, Cambridge University Press, 1997. En particular, en cuanto al punto refiere, los capítulos I y IX.

² Esta clasificación está presente en todos los trabajos introductorios al enfoque económico del derecho consultados por el lector y constituye una referencia obligada dentro de la materia. Véase, solamente a título de ejemplo, Pedro Mercado Pacheco, *El Análisis Económico del Derecho, una reconstrucción teórica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, Cap. I, en particular p. 54 donde aborda el enfoque normativo.

sustanciales y genéricos sobre el tema y de ningún modo un análisis de un cuerpo normativo en particular o un examen de todas y cada uno de los posibles escenarios.

Consideraciones Generales

Desde el enfoque económico no tiene mayor sentido efectuar apreciaciones valorativas acerca de sí tal o cual “objeto” de los actos jurídicos se encuentra incluido o excluido del comercio. Una visión más pragmática, propia del enfoque económico, es simplemente considerar que todo aquello que tiene precio es objeto de comercio. Del mismo modo, para el enfoque económico predominante, cualquier derecho subjetivo o derecho de apropiación queda legitimado a partir de la mayor eficiencia en la asignación de los recursos que se deriva de la atribución del mismo.

Si bien podríamos prescindir de un concepto de “eficiencia”, en razón de que –como se ha explicado– el trabajo se desarrolla en el ámbito positivo antes que normativo, es conveniente aclarar que vamos a utilizar “eficiencia” como correlativo a “convenios libres y voluntarios” en el sentido de que son estos los que permiten asignar los recursos conforme las necesidades de los consumidores; y por lo tanto utilizar un criterio diferente al predominante en la materia (impulsado por la denominada “Escuela de Chicago”), para el cual la eficiencia en el contexto social consiste en la denominada “ maximización de la riqueza”, que se obtiene cuando “los bienes y otros recursos se encuentran en manos de aquellos que más lo valoran, y alguien valora más un bien sólo si esta dispuesto y al mismo tiempo puede pagar más dinero o su equivalente para poseerlo (...). Una sociedad maximiza su riqueza cuando todos sus recursos se encuentran distribuidos de tal modo que la suma de todas las evaluaciones individuales es lo más alta posible”, explica, en un célebre debate planteado con Posner, Ronald Dworkin³. Richard Posner, quien con más énfasis ha llevado adelante la idea del derecho como un sistema de reglas tendiente a “maximizar la riqueza”, explica: “La riqueza es el valor en dólares o equivalentes en dólares (...), de cuanto hay en la sociedad. Se mide por lo que las personas están dispuestas a pagar por algo o, si ya lo poseen, lo que piden en dinero para renunciar a ello. En consecuencia, en un sistema de maximización de la riqueza, el único tipo de preferencia que cuenta es aquel respaldado en dinero, o de otro modo, que se registra en un mercado. (...)”⁴.

No obstante, no es necesario a los fines del presente detenernos en el punto, ya que en general se reconoce (aun desde el criterio de la “maximización de la riqueza social”) en los convenios libres y voluntarios, el paradigma de la eficiencia: si Juan estima el bien “A” de su titularidad, en \$ 10 y Pedro estima el mismo en \$ 20, básicamente esto indica que hay, derivadas de las preferencias de ambos, un excedente de \$ 10, dentro de la cual es posible el intercambio eficiente y voluntario entre las partes. A un precio de entre \$ 11 a \$ 20 es posible una negociación entre las partes de modo que la titularidad del bien “A” pase a manos de quien más lo valore, siendo este, desde el enfoque del AED uno de los aspectos esenciales del derecho de contratos. Si suponemos que el intercambio se realiza en \$ 16,

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

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

hay un excedente o incremento de valor en Juan de \$ 6 (ya que él valoraba en \$ 10 el bien), y de \$ 4 en Pedro que estaba dispuesto a pagar hasta \$ 20 por recurso. En el caso, es evidente que en presencia de un convenio libremente practicado, donde no hay fraude ni violencia, al menos desde la perspectiva *ex ante*, ambas partes se benefician y constituye un resultado claramente eficiente. No es necesario adherir al principio de la “maximización de la riqueza” para advertir los beneficios que son propios a los intercambios y un trabajo específico demostraría su compatibilidad con muchos de los más divulgados criterios de eficiencia existentes.⁵

Ciertamente, también, habría que incluir (al menos para cumplir con las herramientas analíticas mínimas del enfoque predominante), más allá de las imprecisiones del concepto, el supuesto problema de las *externalidades*, es decir los costos impuestos a terceras personas que no han participado en el negocio.⁶ En el caso en cuestión, el excedente de \$ 10 que había y que se han distribuido contractualmente entre Pedro y Juan, podría implicar costos a terceros superiores a ese monto; tal como sería, por ejemplo, si suponemos que la producción del bien en cuestión implicó daños a terceros por contaminación del medio ambiente en \$ 12. Pero, la tendencia actual de la economía del derecho, consecuencia de la presunta validez del denominado “Teorema de Coase”, tiende a considerar que las externalidades no representan el verdadero problema, sino los costos de transacción y la vigencia efectiva de los derechos de propiedad, a través de los cuales las mismas son “internalizadas”. De todas formas vamos a puntualizar sobre estos aspectos al momento de considerar el problema de la libre transferencia de la patria potestad.⁷

La libertad contractual, es reconocida, entonces, como un instrumento esencial a la idea de eficiencia. El precio tiene la virtualidad de generar información tendiente a “igualar oferta y demanda”, es decir impide la existencia, al menos sistemática, de sobrantes y de faltantes y al mismo tiempo brinda información al oferente y dueños de recursos para asignar allí donde son prioritarios los recursos productivos o bienes en general⁸. Cuando el gobierno impone un precio, sea explícitamente a través del mecanismo de precios fijos o bien implícitamente a través de otras reglas (por ejemplo generando un sistema alternativo, o lisa y llanamente prohibiendo los convenios que son la base del mercado), la tendencia es la existencia alternativa de faltante o sobrante artificial (según el tipo de control) y la alteración de precios relativos que impiden y bloquean la asignación eficiente de los recursos a las áreas prioritarias. Traducido esto al paradigma del AED, significa (diría Posner, por ejemplo) que dejan de asignarse allí donde “maximizan la riqueza social”, o

⁵ Para una introducción a diversos criterios de eficiencia propuestos en el ámbito institucional, véase, por ejemplo, Hans-Bernd Schäfer y Claus Ott, *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*, Tecnos, 1991, p. 37 y ss. Para un examen acerca de la imposibilidad de efectuar mediciones de utilidad y una propuesta plausible al problema, véase, Murray N. Rothbard, “Hacia una reconstrucción de la utilidad y la economía del bienestar”, *Libertas* n° 6, mayo de 1987, Buenos Aires, ESEADE.

⁶ Para un examen sobre las inconsistencias del concepto de externalidades, Alberto Benegas Lynch (h), “Bienes públicos, externalidades y los *free-riders*: el argumento reconsiderado”, *Libertas* n° 28, mayo de 1998, Buenos Aires, ESEADE.

⁷ A los fines de una excelente introducción al denominado “Teorema de Coase”, David D. Friedman, *Law’s Order*, Princeton University Press, New Jersey, 2000, p. 37 y ss.

⁸ Para una explicación de las funciones del precio de mercado, Friedrich A Hayek, “El uso del conocimiento en la sociedad”, *Estudios Públicos* n° 12, Santiago de Chile, Centro de Estudios Públicos, Primavera 1983, p. 157. También, Israel M. Kirzner, “El significado del proceso de mercado”, *Libertas* n° 27, octubre de 1997, ESEADE.

mejor, no se asignan los recursos conforme las valorizaciones de los agentes económicos expresadas en el sistema de precios. Por otra parte, como ha señalado Cheung, un sistema planificado implica *costes de transacción* más elevados que un sistema donde el mecanismo de asignación depende de un claro esquema de derechos de propiedad y libertad contractual, en esencia, el sistema de asignación que es propio al mercado⁹. Esto implica además, para quienes sostienen la validez del concepto de externalidades (la mayoría de la profesión económica) mayor “coste social” que un sistema donde tiene plena vigencia del derecho de propiedad que tiene por principal función “internalizar externalidades”.¹⁰

Quizá sobre la base las consideraciones antecedentes, autores como el mismo Posner, y D. Friedman, han considerado que debería permitirse la libre transferencia onerosa de los menores, es decir la habilitación de un mercado para recién nacidos o menores de edad¹¹. La exposición pública de esta posición tan polémica habría costado al Juez Richard Posner, señala David Friedman, la posibilidad misma de integrar el superior tribunal de justicia de EEUU.¹²

El sistema predominante

El sistema predominante en la actualidad es la transferencia de la patria potestad fuertemente regulada por el Estado, con la presencia de agencias estatales que gestionan el trámite de adopción. En el caso del derecho argentino una venta de un menor sería, lisa y llanamente, un acto jurídico nulo de nulidad absoluta, por tratarse de un “objeto” fuera del comercio, claramente contemplado en la prohibición del art. 953 del Código Civil. Repugna al pensamiento legal contemporáneo la posibilidad de que las personas (en el caso los menores), sean “objetos del comercio”. Pero, desde el enfoque económico, el patrón normativo no es propiamente de naturaleza axiológica (al menos en el sentido tradicional) sino que focaliza las instituciones de derecho como instrumentos para la asignación eficiente de los “bienes”, entendidos en el sentido apuntado anteriormente, y comprendiendo a los derechos como facultades de actuación sobre recursos escasos.

Desde el enfoque económico, al menos desde la idea dominante en el área de los *property rights*, no hay propiamente “objetos de comercio”, ni derechos reales tal y como lo admite el enfoque tradicional, sino, más bien, derechos personales de actuación, o mejor, derechos de apropiación. No hay derechos “sobre la cosa”, sino derechos de actuación sobre bienes escasos y con relación a otros sujetos de derechos. Desde esta perspectiva, que debe considerarse simplemente analítica, el concepto mismo de “objetos de comercio” pierde sentido, ya que la finalidad de los derechos no es regular la relación entre los hombres y las cosas, sino entre los hombres mismos: cualquier actividad o acción que tienda a coordinar los planes de los hombres sobre la base de la información que concentran los precios, debe entenderse como eficiente. Los derechos, son focalizados, como “derechos de actuación”, o

⁹ Véase, José Ayala Espino, *Instituciones y Economía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, pág. 189.

¹⁰ Conforme, Harold Demsetz, “Hacia una teoría económica de los derechos de propiedad”, *Libertas* n° 6, mayo de 1987, Buenos Aires, ESEADE.

¹¹ Véase, el apéndice de “Utilitarismo.....”, op.cit. pág. 251. También D. Friedman en *Law's Order*, op.cit., p. 175 y ss.

¹² David Friedman, *Law's Order*, op.cit. p. 180.

mejor, como un conjunto de derechos de actuación frente a otras personas y con relación a recursos que son limitados, más que como un derecho sobre una “cosa” en particular.

Por otra parte, recursos, en la idea del AED, son básicamente todo aquello que tenga precio, es decir que no sea un bien “libre”. Desde este enfoque no se trata de sí los menores con “objetos de comercio”. Se trata de sí Juan puede transferir a Pedro, su situación de titular de un conjunto de derechos y obligaciones que en nuestra tradición se conoce como “patria potestad”, situación que es valorable y demandada en el mercado. Los menores, o recién nacidos son, en sentido económico, recursos en cuanto tienen precio (u\$s 40.000 en el mercado negro americano), y no constituyen, claramente, bienes “libres”¹³.

No podemos efectuar un análisis del sistema argentino, ya que escapa a la finalidad del trabajo; pero hay similitudes claras con el mercado americano; al menos, una clara prohibición de transferir de modo libre y voluntario la patria potestad de los menores, colocando en reemplazo un sistema de asignación donde el modo de transferencia es básicamente regulado por el Estado y sujeto a procedimientos administrativos y controles. En términos económicos, hay, actualmente, un “mercado de bebes”, solo que ineficiente, y estos, son –dejando de lado aspectos valorativos – también “objetos del comercio”. El sistema vigente ha generado claramente una situación donde opera un mercado ineficiente, consecuencia de la regulación. El primer efecto, es el establecimiento de un precio máximo muy inferior al precio de mercado que genera faltante artificial, y la consecuente aparición de un mercado negro.

En efecto, los componentes básicos del paradigma dominante que determina el “mercado actual” de bebes son, por ejemplo, en el mercado americano, el “coste de subsistencia de la madre natural, gastos médicos del embarazo, que por lo general no superan los u\$s 2000”¹⁴. En cualquier caso, los costes asociados a adoptar un bebé en un mercado intervenido son inferiores a los precios eventuales que estarían vigentes en un mercado libre (para ello se toma como referencia el precio en el mercado negro).

Este tipo de regulaciones afecta una de las funciones esenciales del precio, cual es poner en marcha un sistema de información descentralizada que permita, al menos, una tendencia asignar los recursos (los derechos de actuación) conforme las preferencias de los consumidores expresadas por medio del sistema de precios, impidiendo la existencia de faltantes y sobrantes artificiales sistemáticos en el mercado, en un proceso que tiende a la igualación entre oferta y demanda. La imposición de un precio ajeno a la estructura valorativa de los agentes del mercado, implica, en el caso, faltante artificial, una situación ineficiente. Traducido, significa que mucha gente que quiere y dispone del dinero suficiente para adoptar o adquirir la patria potestad, con mayor intensidad que aquellos que los tienen, no pueden poner a los mismos bajo su cuidado y protección. Una de las premisas básicas del enfoque económico aplicado al derecho, la idea de que los recursos (en el sentido establecido) pasen a aquellos que más lo valoran, se ve así violentada por una prohibición básicamente ineficiente.

Esta segunda consecuencia tiene varias implicancias económicas. La fundamental es la aparición de un mercado negro, donde el precio es igual al precio de mercado (establecido por la interacción de las valoraciones de compradores y vendedores) más el riesgo asociado a operar en el mismo, que en este mercado es muy elevado. En este último sentido, el precio

¹³ Conf. Richard Posner, “Utilitarismo”, op.cit. pág. 241.

¹⁴ Conf. Richard Posner, “Utilitarismo....”, op.cit. pág. 242.

tenderá a subir en proporción clara a la severidad del castigo y probabilidad de que se haga efectiva la sanción, desde luego, según estimaciones subjetivas de cada agente económico.

De modo que hay otro elemento de ineficiencia, puesto que se opera a precios más altos que aquellos que estarían vigentes en ausencia de una prohibición. De esa forma se destina menos recursos a la satisfacción de otras necesidades, y el precio (un aspecto elemental de eficiencia) tiende a alejarse de los costes.

Estas consideraciones ponen de manifiesto una situación altamente ineficiente. En primer lugar hay escasez artificial, de modo que mucha gente que quiere un bebe no lo tiene (aun dispuesto a pagar el precio de mercado), y mucha gente que valoraría en más el dinero no puede transferir los derechos a favor de estos. El principio de que los bienes o recursos deben estar colocados en manos de quien más los valora en dinero, es violentado.

Podemos suponer el siguiente cuadro de situación, donde se ilustra un mercado, donde (para simplificar), solamente hay un oferente por un “bebé”; y hay, en cambio competencia por parte de compradores que constituyen la demanda. V1 es el único vendedor y está dispuesto a vender a partir de \$ 3000. C1 es el comprador que está dispuesto a pagar más (\$30.000); C2 es el segundo comprador que más ofrece (\$20.000) y así sucesivamente.

<u>Oferta</u>	<u>Demanda</u>
V1: \$ 3.000.	C1: \$ 30.000.
	C2: \$ 20.000.
	C3: \$ 10.000.
	C4: \$ 2.800.
	C5: \$ 1.500.
	C6: \$ 1.000.

Claramente, en un contexto donde el mercado no esta intervenido, el precio de mercado sería igual a un mínimo de \$ 20.001 (ya que con este se excluye el segundo comprador) y un máximo establecido por el comprador con mayor capacidad de cambio, esto es, quien más oferta, es decir C1 a \$ 30.000. Claramente, esta es la asignación más eficiente: C1 es quien más valora el derecho y en consecuencia cualquier otra asignación diferente violentaría el principio de la “maximización de la riqueza”.

Ahora supongamos que por regulaciones el precio es de \$ 2000, más o menos próximo al que impera en el “mercado” de adopción legal americano. A este precio hay faltante: tanto C1, como C2, como C3, como C4 estarían dispuesto a comprar un bebé a dicho precio; pero V1 tampoco estaría dispuesto a vender la patria potestad a este precio. De modo que la situación es altamente ineficiente. Si el precio fuese, de \$ 4000 igualmente habría ineficiencia, ya que si bien uno de ellos adquiere la patria potestad, esto llevado a situaciones reales de mercado, donde son múltiples los agentes económicos que intervienen, la situación implica un faltante artificial de igual naturaleza, ya que el precio no puede cumplir con su función igualadora.

El remedio de mercado para estas situaciones es la aparición de un mercado negro que si bien tiende hacia una situación más eficiente, en el sentido señalado, sigue siendo

altamente ineficiente puesto que el precio tiene a subir más que el precio de mercado en razón del traslado al precio de los riesgos inherentes a operar en este tipo de mercado, lo que para personas especialmente adversas al riesgo o de posiciones morales conservadoras puede ser prohibitivo. El precio en el mercado negro va a expresar aproximadamente, las probabilidades de que recaiga la sanción efectiva y la cuantía de la misma según estimaciones subjetivas del agente económico y sin importar si la pena está cuantificada monetariamente o no. En este sentido, paradójicamente, un poder de policía eficiente puede implicar una situación ineficiente y mayores gastos de administración y gestión del sistema.

Sin embargo la incompreensión acerca del funcionamiento del mercado libre es generalizada. Hace unos años un artículo en el prestigioso y teóricamente especializado en temás económicos *Wall Street Journal*, señalaba la existencia de una “falla de mercado” en el sistema de adopción americano, destacando la existencia de menores abandonados que debían esperar para ser adoptados y padres adoptivos que (no obstante la oferta) debían también esperar y no podían obtener la patria potestad de un menor en adopción. El artículo, señala David Friedman, omittía algo fundamental: que bajo las leyes americanas no es posible “comprar” la patria potestad.¹⁵

Algunas consideraciones económicas adicionales

Son varias las objeciones que podrían plantarse, aún dejando de lado las de naturaleza moral (aspecto excluido de este trabajo). De hecho, Posner, uno de los autores que han tratado (superficialmente) esta temática, ha enunciado algunos posibles contra argumentos económicos o fácticos contra una propuesta de esta naturaleza.

Un punto importante es el hecho de que hay una persona en juego, es decir la patria potestad opera sobre un bebé o menor que no puede expresar sus preferencias. Esta consideración, sin embargo, no obsta a la legitimación de la venta de bebés según el modelo ortodoxo del AED: solo cuentan las demandas actuales y expresadas en dinero. Igual objeción podría plantearse desde el enfoque desarrollado por Rothbard.¹⁶ El hecho de que los niños o bebés no puedan integrar la demanda, implica que sus pretensiones, más aún sus futuras pretensiones, deben ser desechadas del análisis. De hecho, quizá, este sea un punto fuerte, no tanto para desechar la tesis de la venta de bebés, sino más bien para revisar críticamente la propuesta normativa misma del enfoque económico en su versión ortodoxa. Dicho argumento, no obstante, sería normativo, y he señalado que la finalidad del presente trabajo es de naturaleza estrictamente descriptiva.

Por otra parte, desde el análisis económico, se supone que quien más demanda por algo es quien más deseos tiene por el recurso o titularidad del derecho. Sin embargo, es evidente la estrecha relación entre ingreso e intensidad de la demanda: C2 puede desear más al bebé que C1 y sin embargo no poder pagarlo. Este tipo de cuestiones, no obstante, pertenece a aspectos del análisis económico normativo que en nada afecta la descripción del escenario hipotético y que no podemos tratar en este breve trabajo. Pero, es evidente que padres que entregan en adopción o venden (que es más o menos lo mismo), no quieren tener a los hijos y esto es un elemento importante para considerar: no es arbitrario suponer que los “padres

¹⁵ David Friedman, *Law's Order*, op.cit. p. 180.

¹⁶ Murray N. Rothbard, “Hacia una reconstrucción de la utilidad y la economía del bienestar”, op.cit.

adquirientes” o “adoptivos”, tengan incentivos para ser mejores padres y cuidar mejor del menor. La propia demanda expresa un interés muy claro que no existe en el caso de los padres que venden. No sería arbitrario suponer, además, que los padres que quieren desprenderse del hijo, pero que a la vez mantienen una preocupación elemental por las personas y característica de los padres adoptivos, preferirían un sistema libre. La razón es simple, se actúa de modo más directo, sin los problemas del “agente y el principal” (problemas de mandatos e intermediarios) y, probablemente, con mayor información. Por otra parte, es legendaria la incapacidad del estado para gestionar estos procedimientos. Probablemente, y no es un punto menor, sino significativamente importante en un “mercado tan delicado”, la posible aparición de agencias privadas de diversa naturaleza tendientes a mejorar el funcionamiento del sistema, como siempre ocurre cuando se liberan incentivos antes inexistentes por la acción del estado.

Podría argumentarse, como contra argumento, cierta tendencia a procrear por negocio y con ello el aumento significativo de la población mundial, o la cuestión, que repugna moralmente (al menos desde el enfoque predominante) del “negocio del bebé”: gente que trae al mundo chicos para venderlos. Parece evidente, sin embargo, que existen soluciones de mercado para ambos problemas, a la vez que, tal como está la situación, ninguno tiene implicancias significativas.

El mercado regula la cantidad por medio del precio: en la hipótesis señalada, los precios (*ceteris paribus*) tenderían a bajar, eliminando los beneficios esperados por los agentes económicos, al menos a largo plazo. Por otra parte, los costes alternativos del embarazo no son menores (no poder trabajar, etc.) e implica otros adicionales menores como gastos médicos, de parto, etc. Por otra parte, el “negocio del bebé” ya existe; puesto que hay mercados negros disponibles, precisamente habilitados a gente con la percepción moral de que los bebés pueden venderse y comprarse y donde se opera con altos riesgos.

Podría argumentarse que consecuencia de la suba del precio de los menores solamente la gente con más poder adquisitivo podría adquirir un bebé y que el sistema predominante implica, al menos, una situación más “equitativa”. Dejando de lado que se trata de un argumento axiológico (que expresamente dejamos de lado), debe parecer evidente la existencia de técnicas de fertilización que son productos sustitutos a la compra de bebés. Si los precios de los bebés suben, hay mayores incentivos para el desarrollo de técnicas alternativas tendientes a satisfacer esta natural demanda afectiva. Igualmente, *ceteris paribus*, es evidente que siempre es preferible que los menores sean adoptados por padres con mayores ingresos económicos.

En cuanto al supuesto problema de la sobrepoblación se resuelve de modo parecido al anterior; pero, al menos por ahora, la cuestión no es alarmante ya que toda la población mundial en el estado de Texas implicaría 157 metros² por persona, es decir 628 metros cuadrados por familia tipo (de cuatro personas), “o sea aproximadamente el tamaño del lote de una casa norteamericana típica”, señala el economista Thomas Sowell¹⁷.

Un libre mercado de adopción implicaría, además, posiblemente, una verdadera revolución en un aspecto fundamental que ocupa el centro mismo de la problemática económica: la información. En el sistema actual, no hay incentivos –tanto en el mercado monopolizado por el estado, como en el subterráneo – para desarrollar tareas tendientes a

¹⁷ Véase, Alberto Benegas Lynch (h), *Fundamentos de Análisis Económico*, Abeledo-Perrot, 11 edición, Buenos Aires, pág. 236, donde cita textualmente a T. Sowell.

investigar y clasificar información lo que adquiere relevancia tratándose de una materia tan delicada. Un mercado libre, generaría claros incentivos para desarrollar agencias que investiguen sobre los padres tanto naturales como adoptivos, de modo que la tendencia sería hacia una progresiva reducción de los costes de operar en el mercado de la adopción (*costes de transacción*). El mercado podría generar respuestas a preguntas tales como: ¿a que tipo de padres quiero entregar mi bebé?, o bien, ¿qué tipo de bebé quiero en adopción?, etc.. Y pondría, quizá lo más importante, la creatividad humana en manos de procesos competitivos de descubrimiento institucional, donde las alternativas más eficientes, aquellas preferidas en la práctica, serían adoptadas ampliando el horizonte institucional a soluciones siquiera imaginables, hoy coartadas por la ingerencia gubernamental. Esta tendencia tendría claras implicancias para un sistema que prioriza el ideal de la eficiencia, en sentido que permitiría maximizar las preferencias de todos los agentes en juego.

Conclusión final: ¿ y la ética?

El análisis que antecede no es normativo sino descriptivo. Tiende simplemente a describir un estado de cosas, actuales o hipotéticas, relativa a (si se quiere) “sistemas de adopción” en competencia. Un análisis de fondo sobre la materia debería contemplar aspectos que no es posible tratar en este breve trabajo.

Un utilitarista, para quien la ética o virtud de un acto o norma está referida al mayor bienestar, placer o utilidad de los demás, tendría, tal vez (según la versión o tipo de utilitarismo que adopte, ya que a muchos podría molestarles la medida y consecuentemente disminuir su utilidad o bienestar), menos problemas en aceptarlo, siempre que reflexione sobre las relaciones entre el tipo de utilidad o bienestar que entiende como adecuado y una idea de eficiencia asignativa como la expuesta.

Alguien que adopte un tipo de posición deontológica diferente a la utilitarista, en cualquier de sus formas (alguien para quien, “la virtud”, no está vinculada a las consecuencias de los actos), al menos, debe refutar la idea de la eficiencia como ideal moral y poner en claro la incompatibilidad de esta con sus postulados morales fundamentales. Igualmente, siempre es posible considerar la posibilidad que no exista incompatibilidad entre la moral o la justicia y la idea de eficiencia, lo cual, desde luego, también tendría que fundarse. Bien podría sostenerse, a modo de hipótesis, que la justicia implica determinadas “facultades” o “prohibiciones” (como por ejemplo no afectar derechos de los demás) que implican la asignación eficiente de los recursos. La mayor utilidad, en este caso, implicaría la vigencia de un sistema entre diversos “ordenos”, con todas las implicancias que esto supone para la teoría social, tradicionalmente tan dispersa.

Probablemente, un emotivista o alguien próximo a posiciones nihilistas, dejando las dificultades inherentes a emitir juicios de esta naturaleza (entre otros inconvenientes), debería especificar los fundamentos por los cuales su sistema de preferencias no contempla la eficiencia como un fin apreciable (ya que desde este enfoque no es posible referir a “moral”), o bien, si lo contempla, establecer en que grado y cual es la relación entre la eficiencia de un sistema (este en particular), y su sistema de preferencias o valoraciones emotivas.

En cualquier caso, aún cuando no se adopten posiciones éticas o meta éticas de naturaleza consecuencialista, como en mi caso en particular, el análisis de los efectos de las normas constituye un imperativo para el estudio del derecho que tanto ha dejado de lado los aspectos prácticos de las instituciones para abordar al derecho como a un sistema cerrado, independiente y autónomo de normas; y desde luego, además, aún cuando no se considere a las consecuencias de los actos como el elemento relevante desde el punto de vista moral, siempre es posible que las mismas contribuyan al debate, o al menos, nos ayuden a comprender algo parecido al “coste de la moralidad”.
