

PUBLICACIONES DE LA REAL ACADEMIA DE CIENCIAS
ECONOMICAS Y FINANCIERAS

LA METODOLOGÍA
NEOCLÁSICA Y EL
ANÁLISIS ECONÓMICO
DEL DERECHO

DISCURSO DE INGRESO DEL ACADÉMICO

ILMO. SR. D. MIGUEL ALFONSO
MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y ORTEGA



BARCELONA

1991

PUBLICACIONES DE LA REAL ACADEMIA DE CIENCIAS
ECONOMICAS Y FINANCIERAS

LA METODOLOGÍA
NEOCLÁSICA Y EL
ANÁLISIS ECONÓMICO
DEL DERECHO

DISCURSO DE INGRESO DEL ACADÉMICO

ILMO. SR. D. MIGUEL ALFONSO
MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y ORTEGA

BARCELONA

1991

© Copyright 1991 Miguel Alfonso Martínez-Echevarría y Ortega

EDICIONES EUNATE

Pintor Crispín 12-7º-G - Pamplona (España)

I.S.B.N. 84-7768-014-0

Depósito legal: NA 443-91

Fotocomposición: Compomática AZUL, Iturrama 64 Bj. Pamplona

Imprime: Navarra de Ediciones y Gráficas S.L.

Polígono Berriainz, nave 17; Berriozar (Navarra)

Printed in Spain - Impreso en España

EXCELENTÍSIMO SEÑOR PRESIDENTE,
EXCELENTÍSIMOS E ILUSTRÍSIMOS SEÑORES,
EXCELENTÍSIMOS SEÑORES ACADÉMICOS,
SEÑORAS Y SEÑORES,

Introducción

Parece de elemental cortesía comenzar mi discurso con unas palabras de agradecimiento a los miembros de esta Academia, que me han honrado eligiendo para participar en tan ilustre Corporación. Debo añadir que en este caso, no se reduce a una simple cuestión de cortesía o de protocolo, sino una expresión sincera de agradecida amistad nacida de lo más profundo. Soy consciente de lo inmerecido de esta elección, lo que pone más de manifiesto el honor que se me hace y el crédito que se me otorga. Me gustaría por ello hacer lo posible para estar a la altura de lo que esta Academia exige a sus miembros.

Esta exigencia ha estado presente a lo largo del proceso de elaboración del presente discurso. La elección del tema es consecuencia de los cerca de diez años que he dedicado a enseñar los principios de la Economía Política en la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra. En esta actividad y en el continuo diálogo con los juristas compañeros del claustro universitario, ha ido surgiendo de modo natural un diálogo sobre las relaciones entre el Derecho y la Economía.

Este tema constituye hoy día una de las cuestiones palpitantes del debate intelectual. Siguiendo una muy humana y natural tendencia, suele suceder que este tipo de debates tienden a simplificarse planteándose en forma de dilema: ¿qué camino hay que seguir, un análisis económico del derecho o un análisis jurídico de la economía?.

La serenidad y el desapasionamiento de la reflexión académica, alejada de los intereses inmediatos de lo profesional o corporativo,

suele constituir el ambiente idóneo para buscar mayor claridad entre el clamor y polvareda que suele levantar la discusión de temas como este que, por sus implicaciones en la vida práctica, incitan y apasionan dificultando un diálogo sereno.

Esto refuerza la función que pueden desempeñar hoy día las Academias, como lugares de encuentro de mentalidades y formaciones diversas, llevando adelante ese añorado diálogo interfacultativo o multidisciplinar, tan dificultado en nuestra época por la angustiosa tensión que tan paciente y heroicamente, y no sin costosos sacrificios, sufre el alma mater universitaria, prácticamente desbordada por las oleadas de gentes que se dirigen a las aulas universitarias buscando una formación que pienso no debe negárseles.

Comenzaremos nuestra exposición con un breve bosquejo histórico de como ha surgido en el seno de la teoría económica el interés por la naturaleza y fundamentación del derecho. En un segundo momento se expondrán las consecuencias políticas que se siguen de una determinada manera de entender los derechos de propiedad, y que han conducido al ya largo y tedioso debate acerca de una supuesta incompatibilidad o enfrentamiento entre mercado y Estado. En tercer lugar se formulará una objeción acerca del método empleado por los neoclásicos para enfrentarse con el análisis del marco legal de la economía. Después de eso parece imprescindible dedicar una especial atención a la aportación que R. Coase realizó sobre este tema, y que tanta influencia tiene en el debate presente.

Una visión histórica del análisis económico de la propiedad

¿Es posible explicar los procesos de solidaridad que dan lugar a las instituciones sociales a partir de supuestos antropológicos tan simples como en los que se basa el paradigma neoclásico?

La respuesta a esta pregunta tiene una larga historia que se remonta hasta Smith, pasando por D. Ricardo, J. S. Mill, M. E. L. Walras, A. Marshall, y un largó ecétera que no hace falta explicitar, ya que no es el concreto iter histórico lo que ahora nos interesa, sino descubrir las causas profundas que subyacen en la aparente neutralidad de ese individualismo metodológico que constituye como la columna vertebral de la corriente principal del pensamiento económico.

Quizás sea Marx, como afirma Steven Pejovich (1982), el primero que explícitamente planteó, ya sea en términos de conflicto, la necesidad de clarificar el marco intelectual y moral en el que nació, eso que se conocía como Economía Política, y que andando el tiempo acabaría por dar lugar a lo que hoy conocemos como paradigma neoclásico de la Economía.

No deja de ser significativo que sean precisamente los derechos de propiedad lo que Marx puso en entredicho, cuando examinó las contradicciones de lo que denominaba sistema económico capitalista.

Derecho de propiedad o simplemente derecho, ya que el derecho propiamente dicho se refiere al orden de la propiedad. Afirmación que queda confirmada, al recordar la definición universal de justicia, donde se habla de «lo suyo», de lo de cada uno. Poniendo de manifiesto esa natural tendencia a identificar esa pertenencia con la propiedad: lo suyo es su propiedad.

Desde este más amplio enfoque, podría decirse que lo que realmente Marx se planteó es el sentido del derecho, dentro del marco del análisis económico.

Desde los inicios de la ciencia económica es patente el fuerte contraste entre la falta de una adecuada explicación del sentido del derecho, y la inevitable e implícita referencia a un determinado sistema de organización social. Como acertadamente señalan Cozi y Zamagni¹, quizás este contraste contribuyó no poco a la rápida y asombrosa difusión del marginalismo. La aparente objetividad o neutralidad científica del lenguaje marginalista obviaba una situación tan incómoda como la señalada. No deja de ser significativo que sea precisamente bajo la inspiración marginalista y utilitarista de los neoclásicos, cuando la Economía Política cambia este tradicional y significativo modo de llamarse, por el aparentemente más neutral de Economía, sin más calificaciones.

En cualquier caso, bajo la aparente objetividad científica del marginalismo, el contraste ha permanecido latente, si bien aminorado por el abandono de la teoría del valor trabajo de los clásicos. Para la mayoría de los economistas neoclásicos, con pocas excepciones, el

1. Cozi y Zamagni, Economía política Bolonia. Il Mulino 1989.

concepto de derecho se toma como algo evidente y bien establecido, que en nada afecta al método de su disciplina.

Sin embargo, bien pronto, el estudio de los derechos de propiedad y en general de todas aquellas instituciones que configuran el marco de la actividad económica, han constituido objeto de un interesante y cada vez mas extendido debate entre esas decisivas minorías de economistas, juristas y sociólogos, que no quedan satisfechos por la simple belleza, elegancia formal, o éxito social de un paradigma.

El germen del creciente interés por el marco legal de la economía esta íntimamente asociado, como señala Cento Veljanovski², aunque no exclusivamente, con las aportaciones realizadas por los miembros de las Facultades de Economía y Derecho de la Universidad de Chicago. Aunque podría ser impreciso intentar definir una «Escuela de Chicago» del marco legal de la economía, sí que podría afirmarse que todos los posibles integrantes en esa tendencia se caracterizan por su confianza en la capacidad y potencia de los instrumentos del análisis de la economía neoclásica para explicar los principales problemas que se plantean en casi todos los campos de las ciencias sociales.

Hay, en todos ellos, la firme convicción de que es suficiente aplicar los principios fundamentales de una conducta racional optimizadora, para obtener una explicación satisfactoria de como la gente y las instituciones reaccionan a los cambios en el entorno, lo cual permite elaborar propuestas políticas para construir un marco legal guiado por los principios de eficiencia económica.

Los orígenes de esta supuesta escuela o corriente se remontan a los primeros años de la década de los cuarenta, de este siglo, cuando Henry Simons se incorporó a la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago. Después de la muerte de Simons en 1947, Aaron Director le sucedió en sus responsabilidades académicas. Director y un grupo de discípulos, Bowman, Bork, y Manne, desarrollaron un importante trabajo en el campo de las leyes «anti-trust». Esta actividad germinal, en conjunción con la orientación de la Facultad de Economía, proporcionó el necesario ambiente intelectual para iniciar un programa de análisis económico del derecho. En 1958, este programa produjo uno de sus frutos con la publicación del primer número del

2. Cento Veljanovski, The economic of law. Hobart Paper 114 IEA London 1990.

«Journal of Law and Economics», primero dirigido por A. Director, y luego por R. Coase. Una explicación mas detallada de la génesis de este ambiente intelectual, puede verse en el trabajo editado por E. Kitch³.

Fruto de aquel ambiente de Chicago es lo que hoy día se llama «escuela económica de los derechos de propiedad», en la que se integran autores de diversa procedencia, los más importantes de los cuales son, por ejemplo, los que colaboraron en el trabajo colectivo editado por Erick Furubont y Steven Pejovich⁴ y que incluye aportaciones de Ronald Coase (1960), Harold Demsetz (1967) Armen Alchian (1972) etc.

Como ya hemos señalado, el ambiente predominante en esta nueva tendencia se mantiene dentro de la más estricta fidelidad a las bases doctrinales del individualismo metodológico de la tradición neoclásica. El reconocimiento de que el hombre económico vive en el seno de instituciones sociales, no comporta en modo alguno que deje de conducirse como un calculador eficiente y un optimizador perfectamente informado.

Podría decirse que los argumentos de toda esta corriente «neoinstitucional» se reducen a poner de manifiesto, mediante el empleo de los instrumentos del análisis marginalista, que el mejor modo de enfrentarse con las externalidades, tales como la polución ambiental, etc, no es mediante las propuestas pigouvianas de regulación e intervención, sino reforzando y extendiendo en el sistema económico, los derechos individuales de propiedad privada a fin de permitir que entre en operación la eficiencia del mercado.

El núcleo central de los instrumentos que este tipo de análisis aplica a las realidades institucionales es el establecimiento de un sistema de balance entre beneficios y perjuicios individuales. Como Harold Demsetz⁵ señala «una función primaria de los derechos de pro-

3. E. Kitch, «The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Economic at Chicago 1932-1970». Journal of Law and Economics, vol 26, 1983 pp 163-234.

4. E. Rick Furubont y Steven Pejovich, 1974 «The economics of property right». Cambridge. M.A. Ballinger.

5. Harold Demsetz, 1967 «Toward a Theory of Property Right». American Economic Review. proceedings. 57. pg 348.

propiedad es constituir una guía para alcanzar una mayor internalización de las externalidades». En esencia, no se trata más que de aplicar el principio utilitarista, de que el individuo es el mejor juez de su propio bienestar.

No hay que olvidar, que el utilitarismo, en cuanto individualismo mitigado por un altruismo, no puede prescindir de su individualismo metodológico⁶. Por eso, para la «escuela de los derechos de propiedad», la estructura de estos se basa primariamente en el análisis consecuencialista de los incentivos y desincentivos que inciden en la acción humana.

Desde este enfoque, y en concordancia con el positivismo jurídico, los derechos de propiedad emanan del individuo como manifestación de sus juicios sobre lo que considera incentivos y desincentivos para la acción. Reduccionismo metodológico, que como acertadamente señala G. M. Hodgson⁷ no es más que un simple remiendo al cálculo Benthamita de placer y pena.

El dilema regulación o mercado

El modo de entender los derechos de propiedad, no deja de influir en el diseño de las políticas económicas. Si los derechos individuales de propiedad son entendidos como instrumentos alternativos del intervencionismo regulatorio del Estado, pensando que de este modo los individuos son más libres en la elección de sus propias preferencias, se llega a la paradójica situación de que para lograr una mayor extensión de los derechos de propiedad es inevitable una consiguiente regulación que posibilite esa extensión. Contradicción que, sin embargo, como señala C.B. Macpherson⁸, ni los neoclásicos, ni con más razón, los liberales, han creído apreciar, negándose a establecer una conexión entre la extensión de los derechos de propiedad, y una necesaria mayor amplitud de la actividad reguladora de los poderes públicos.

6. M.A. Martínez-Echevarría, «*Individualismo metodológico y solidaridad*». En estudios sobre la encíclica *Solicitudo Rei Socialis*. Unión Editorial 1991.

7. G. M. Hodgson, 1988 *Economic and Institutions*. Polity Press.

8. C.B. Macpherson, 1973 «*A Political Theory of Property*» pag 120-40.

La experiencia de los últimos años ha puesto de manifiesto que los intentos de aplicar la teoría política liberal conlleva, a corto o largo plazo, un mayor crecimiento de la actividad reguladora del Estado. Ciertamente, se podría argumentar, que este modo de intervención del Estado es diferente al que pretenden evitar los teóricos de la escuela de los derechos de propiedad, pero el resultado no es muy diferente. Por ejemplo, en lugar de una legislación sobre la contaminación atmosférica, se encontrarán implicados en una complejísima red de incesantes litigios ante los tribunales para establecer los correspondientes derechos. Después de todo, se llegaría al mismo resultado: el establecimiento de una legislación anticontaminación, pero por un camino mucho más largo e ineficiente: la acumulación de jurisprudencia sobre el tema.

Karl Polanyi⁹ en su ya clásica exposición de la extensión del mercado en Gran Bretaña, ha puesto en evidencia la falta de fundamento histórico de esa confianza en que la extensión de los derechos de propiedad y las transacciones de mercado conllevan por sí mismas una disminución de la actividad reguladora del Estado sobre la vida social.

En una visión liberal clásica, la «escuela de los derechos de propiedad» establece una división drástica entre política y economía, o lo que es lo mismo entre Estado y sociedad civil. En esta dicotomía, el Estado se reduce a ser el guardián de los intereses individuales, mientras que la sociedad no es más que la resultante agregativa de una multitud atomizada de individuos racionales, que persiguen sus propios intereses.

Curiosamente, aunque tiene una explicación bien evidente¹⁰, en este dramático enfrentamiento entre Estado y sociedad coinciden liberales y marxistas. Por ejemplo, Karl Marx, sostenía en *El Capital* que la extensión de las relaciones de mercado en la sociedad capitalista, sólo sería posible en la medida que desapareciesen las instituciones tradicionales como la propiedad y la familia. Incompatibilidad que mantiene un marxista reciente como Louis Althusser¹¹ cuando sugie-

9. Karl Polanyi, «*The Great Transformation*» Reinhart New York 1944, pag 140-1.

10. Miguel A. Martínez Echevarría, «*La evolución del pensamiento económico*». Espasa Calpe. Madrid 1982.

11. Louis Althusser, «*Lenin and Philosophy and other essays*» 1971.

re que en el capitalismo moderno, es despreciable la autonomía real de los individuos, o lo que, para él es lo mismo, de la sociedad respecto al Estado. Desde el lado liberal, nada menos que Ludwig von Mises¹² sugiere la imposibilidad de una «economía mixta», incompatibilidad recogida por la llamada «nueva derecha», que declara uno de sus objetivos luchar por la mayor implantación posible de un sistema de puro mercado, considerando así al mercado como la antítesis del socialismo.

El origen de este inevitable dilema se remonta a la raíz individualista del planteamiento contractualista que T Hobbes plantea en su «Leviathan», y que en mayor o menor medida sigue incidiendo en el pensamiento moderno.

En cualquier caso, tanto la postura que entiende el Estado como un «deus ex machina» para definir y sostener los derechos de propiedad, como la tradicional postura liberal de relegarlo todo a relaciones de mercado, son insatisfactorias.

La tesis central de esta exposición es poner de manifiesto que los intentos de la llamada «escuela de los derechos de propiedad», de explicarlos a partir de una exclusiva relación entre individuos y cosas, es una postura metodológicamente insuficiente. En otras palabras, la tendencia economicista, que trata de explicar toda realidad humana, sobre bases de intercambios de mercado, carece de capacidad para explicar su propio fundamento: el sentido del derecho.

Contrariamente a la preconcepción del «hombre económico», cada persona, para poder actuar racionalmente, requiere estar protegida por costumbres y tradiciones. El problema, como luego veremos, consiste en establecer que sea actuar racionalmente.

En este sentido nos parece un excelente punto de partida lo que sostiene Frederic Bastiat (1850 'The Law').

«Recibe el hombre de Dios un don que incluye a todos los demás: la vida —física, intelectual y moral—. Pero ningún hombre puede mantener este don sin la ayuda de los otros. Ha recibido del Creador la misión de conservarla, desarrollarla y perfeccionarla. Para que pueda lograr este fin lo ha puesto a través de la familia entre otros

12. Ludwig von Mises, 1949, «*Human Action: A Treatise on Economics*». London Willian Hodge pg 259.

hombres, que le enseñen y le trasmitan el conocimiento adquirido; le ha rodeado de bienes materiales para que ejercitando su ingenio se conviertan en recursos que satisfacen sus necesidades, le ha dotado, en fin, de la capacidad de ser persona.

Vida, libertad y propiedad, constituyen la manifestación de la personalidad humana. No son consecuencia de la voluntad humana, sino don de Dios; anteriores a las leyes y normas positivas».

Propiedad y método neoclásico

No hay mejor modo de aprender que tratar de mejorar los aciertos y corregir los errores de los que nos han precedido en el cultivo de una ciencia, por eso la crítica al paradigma neoclásico que realizamos a lo largo de este discurso, lejos de un petulante desprecio, no deja de ser un rendido homenaje al brillante trabajo intelectual de sus autores, y una agradecimiento por la luz, que todo trabajo honrado siempre contribuye a encender en la mente de los que posteriormente tengan que estudiarlo y criticarlo.

Lo que queremos ahora poner de manifiesto es la inadecuación del método neoclásico para estudiar el concepto de derecho. No parece muy coherente estudiar el concepto de propiedad privada a partir de un individualismo metodológico que conduce a conceptos, como los de externalidad, bienes públicos, y asimetría informativa, que siendo lógicos e históricamente posteriores y subordinados al concepto que se pretende explicar, van a constituir no obstante el núcleo de la explicación.

Como luego expondremos con más detalle, no parece admisible suponer que cada individuo sea capaz de establecer un orden de preferencia —una función de utilidad— si previamente no se ha establecido el concepto de derecho de propiedad. Ni siquiera el mismo concepto de interés individual resulta explicable sin referencia a un concepto previo de derecho de propiedad.

Como pronto comprobó C. A. Pigou, las limitaciones de ese concepto de utilidad, aparecen en su totalidad cuando las inevitables dependencias entre las funciones de utilidad individuales, pretenden formalizarse con un concepto tan ambiguo como el de externalidades. Eso, desde el punto de vista de un metodólogo tan poco sospechoso

para los neoclásicos, como K. Popper, no dejaría de ser un prototipo de falacia antifalsacionista.

Aunque no compartimos la raíz inductivista y psicologista de la metodología neoclásica, no podemos menos que exigirles coherencia con los principios que proclama respetar. En lugar de recurrir al fácil expediente de introducir el vago concepto de externalidad, que no es mas que un reconocimiento explícito de la irreductibilidad de la acción humana a una trivial optimización uniparamétrica, habría sido mas coherente con el propio método revisar el concepto de función individual de utilidad.

La utilidad sigue a la propiedad y no al revés. Se incurre por tanto en contradicción metodológica al estudiar la propiedad a partir de las externalidades.

Lo que realmente subyace bajo el nombre de externalidad, es la impotencia del individualismo metodológico para internalizar el hecho de que las funciones de utilidad de los individuos no son perfectamente aislables.

Una consecuencia práctica de esa excesiva reducción analítica que constituyen las funciones individuales de utilidad es, por contraste, la enorme y creciente complejidad que plantea todo problema real de interacción social cuando se pretende estudiar desde enfoque tan incompleto. Complejidad que se manifiesta en una incesante disgregación e incluso enfrentamiento entre el ser y el deber ser, dando lugar a un mayor ahondamiento de la extraña separación entre lo que desde hace tiempo se conoce como economía positiva y economía normativa, que a nuestro entender, con independencia de su distinción formal, es en buena medida consecuencia de un inadecuado planteamiento metodológico.

Si se acepta que la única base de partida posible es el individualismo metodológico, entonces sólo caben dos alternativas.

La primera conduce a una explicación de la sociedad de una simplicidad mecánica, en el que sólo existen costes privados —o si se quiere, que estos coinciden con los sociales— y que admite una sola organización social posible. Explicación carente de complejidad, en la que no tiene cabida la libertad, ni la incertidumbre, ni la moral, ni la voluntad, ya que al existir una relación unívoca y patente entre uso y coste de oportunidad, la evidencia para todos del nexo entre deci-

sión y consecuencia, convierte a la primera en puro algoritmo de cálculo. El coste de esa falta de complejidad es el planteamiento de una «sociedad» utópica, irreal, compuesta de «robinsones»; cada uno en su isla y con su propia y aislada función de utilidad.

La segunda alternativa, conduce a reconocer la intratabilidad analítica de un mundo real de complejidad creciente, donde ninguna decisión económica es puramente interna, donde siempre, en mayor o menor medida, toda decisión individual comporta la difusión y multiplicación de externalidades. En tal situación ya no es tan fácil establecer el nexo de unión entre decisión individual y consecuencia. En este marco las consecuencias se hacen multidireccionales y se produce un entramado de interacciones donde la relación causal es sometida a un proceso difusivo. Se plantea entonces el problema de como coordinar conductas que se complementan —externalidades positivas— o se contraponen —externalidades negativas—. De manera más concreta: ¿Quién hace frente al coste externo —positivo o negativo— en estas situaciones? ¿Cómo lograr, en esta situación, conductas cooperativas?

En el intento de respuesta a estos interrogantes es donde el individualismo metodológico pone de manifiesto su intrínseca debilidad: Los que piensan que la solución está en la expansión del mercado, se encuentran, con la desagradable sorpresa final, de que como un efecto perverso de ese proceso de difusión del mercado, aparece un crecimiento todavía mayor del Estado. Los que, por el contrario, piensan que la solución está en la expansión del Estado, acaban atrapados por la máquina más eficiente de generar ineficiencia que jamás se haya podido pensar.

Sobre las causas profundas de esto volveremos más adelante, cuando hayamos acabado de exponer el núcleo de la aportación al análisis económico del derecho.

La aportación de Coase

R. Coase, representa, en nuestra opinión, el paradigma de las limitaciones que tiene el análisis neoclásico de la economía al enfrentarse con el estudio de los derechos de propiedad.

A.C. Pigou¹³ había sido el primero en emplear los instrumentos del análisis económico neoclásico, para explicar una de las tesis centrales del «common law», según la cual la injuria o daño causado exige su reparación.

La explicación pigouviana estaba constituida sobre la concepción del derecho de propiedad como mecanismo para internalizar la externalidad. En aquellas situaciones en las que no es posible generar esa internalización, la externalidad aparece como irreductible, la función de la ley es suplir el mecanismo natural de injuria-compensación, que realizan los derechos de propiedad, mediante una regulación positiva, normalmente de tipo impositivo.

La aportación de Coase puede ser entendida como un desacuerdo con la solución pigouviana, y en especial con su concreción en forma de criterio de taxación. La propuesta de Coase es que la eficiencia de la solución no proviene de la imposición normativa de los poderes públicos, sino de la capacidad negociadora del sector privado.

Por otro lado, es necesario reconocer la importancia sociológica que, en el sentido de T. Khun, ha ejercido la postura de Coase en el método de la investigación económica. Sus aportaciones han constituido la semilla o el detonante de toda una amplia reflexión académica, que hoy día se conoce como «análisis económico del derecho»

Lo primero que tenemos que decir, siguiendo a Steven N.S. Cheung¹⁴ es que la designación de «teorema», quizás debida a Stigler, y no aceptada por el mismo Coase, ha contribuido no poco, a hacer todavía más imprecisa la destacable contribución realizada por Coase en su famoso artículo «The Federal Communications Commission» publicado en 1959 en el «Journal of Law and Economics», tras un debate en el seno de la redacción de esa revista, que dio lugar a un posterior artículo de Coase, «The Problem of Social Cost», publicado también en la misma revista en el año 1960. No es exageración afirmar que este último artículo es el más citado por la bibliografía económica en los últimos años.

13. A. C. Pigou, 1920. «*The economics of Welfare*».

14. Steven N. S. Cheung, voz «*R. Coase*». vol. 1, pp. 455 en «*The New Pelgrave*». A dictionary of Economics. MacMillan 1987.

Coase, que ya había publicado en 1937 un interesante artículo titulado «*The Nature of the Firm*»¹⁵ en que de algún modo anticipa sus ideas, se planteó el problema siguiente: Si «la delimitación de los derechos de propiedad es un preludio esencial a las transacciones de mercado, ¿de qué manera la consecución de la solución eficiente se relaciona con el establecimiento de esos derechos de propiedad?»

Para conocer la respuesta de Coase a este interrogante es imprescindible tener en cuenta sus supuestos de partida. Gran admirador de Marshall y fuertemente influenciado por L. Robbins, Coase entiende la finalidad del análisis económico desde el enfoque neoclásico de la preponderancia del intercambio. La función del intercambio es lograr una asignación de los recursos tal, que se consiga una situación de máximo valor en uso de los bienes. En otras palabras, una asignación Pareto eficiente.

Establecido este principio de partida, la falta de precisión terminológica con la que Coase realizó su aportación, ha dado lugar a no pocas discusiones, que han acabado por decantarse en las tres siguientes posibles interpretaciones:

La primera interpretación, podría expresarse del siguiente modo: La asignación inicial de titularidad de derechos (legal entitlements) no tiene ningún efecto, desde el punto de vista de la eficiencia, si pueden ser libremente intercambiados.

La segunda interpretación, vendría a sostener que la asignación inicial de titularidad de derecho no tiene relevancia desde el punto de vista de la eficiencia, siempre que los costes de transacción sean nulos.

La tercera interpretación afirma que la asignación inicial de la titularidad de derechos no afecta a la eficiencia económica, si se suponen las condiciones de mercado en competencia perfecta.

Cada una de estas interpretaciones destaca uno u otro de los aspectos tan imprecisamente propuestos por Coase. En la primera de las versiones, se destaca el papel del mercado como corrector de los fallos de eficiencia en la asignación de la titularidad de derechos. De este modo se viene a recoger la vieja aspiración Benthamita de que la eficiencia de la ley se sigue de la del mercado, y está última de la

15. *Económica* vol. 4 Nov pp. 386-405.

racionalidad de los agentes. Un excelente ensayo bibliográfico donde se recoge la posterior evolución de esta línea de pensar, tan bien acogida por el positivismo jurídico, es el realizado por A. M. Polinsky¹⁶.

De la tercera versión del Teorema se sigue que en situación de competencia perfecta, el mercado es capaz de asignar eficientemente la titularidad de los derechos.

Respecto de esta tercera interpretación, se puede decir que es la que mejor pone de manifiesto la contradicción o limitación del individualismo metodológico. La titularidad de derechos viene a ser considerada una mercancía, que puede ser eficientemente asignada en un entorno de competencia perfecta. Lo cual sería meterse en un razonamiento circular y contradictorio, como ya fue puesto de manifiesto por K. Arrow y D. Starret¹⁷ ya que la consideración de las externalidades impiden la formación de mercados en competencia perfecta. Todavía más rigurosa es la crítica de R. D. Cooter¹⁸.

Se podría añadir todavía una crítica más radical a estas dos interpretaciones del teorema de Coase. El origen de esta crítica se remonta a los comentarios de Sócrates en la República de Platón. Para Sócrates, en el inicio de la historia hubo una situación en la que los bienes se disfrutaron en común; no había definidos derechos de propiedad. Lo que Glaucón, en el mismo diálogo, califica como «un estado de cerdos» (372d). Esta ironía socrática, que había comenzado por distanciarse de la realidad, vuelve a ella cuando acaba por afirmar que el uso en común de los bienes es «más propio de dioses que de hombres» (Las Leyes 739b-740a). Traduciendo esto a los términos del análisis Coasiano se podría decir que en condiciones ya sean de «libertad» de cambio, como de competencia perfecta, el establecimiento o no de derechos de propiedad es una cuestión irrelevante, ya

16. A. M. Polinsky, 1983 «*An introduction to Law and Economics*». edic española Ariel 1985.

17. K. Arrow, 1969 «*The organisation of economic activity*». Ed. R. Harverman and J Margolis. Rand McNalley. Chicago 1977. D. Starret, 1972 «*Fundamental non-convexities in the theory of externalities*». *Journal of economic theory* 4(2) April 180-99.

18. R. D. Cooter, 1982 «*How the law circumvents Starret's non convexity*» *Journal of economic theory* 22(3) Jun. 145-9.

que se supone una comunidad de bienes presidida por la eficacia del intercambio. Una situación tan ajena al hombre como la de los animales o la de los dioses.

En todo planteamiento social basado en la eficiencia como ideal absoluto, planea la sombra siniestra de la unanimidad Pareto, que puede fácilmente hacer realidad la vieja afirmación de Glaucón.

Finalmente en la segunda de las interpretaciones del teorema de Coase destaca la existencia de una dificultad operativa para realizar intercambios, que tiene un gran importancia teórica.

Esa dificultad, es un concepto que Coase nunca llegó a precisar, pero que según parece, Stigler bautizó hacia 1960¹⁹ con el nombre de costes de transacción, y que ahora, aunque persiste su indefinición, ha sido aceptado casi universalmente.

Se podría entender por costes de transacción, los recursos gastados para establecer un acuerdo social sobre la conducta a seguir. En la mayoría de las ocasiones se les define en relación con la dificultad para conseguir y compartir información.

Con la introducción de este concepto de costes de transacción, la segunda versión del Teorema de Coase, abre una tendencia a interpretar la finalidad de la ley como lubricante de las transacciones de mercado, mediante la máxima reducción de los costes de transacción.

La crítica a esta segunda versión, es, la que en nuestra opinión, arroja más luz sobre la verdadera naturaleza del derecho de propiedad.

Pero antes de proseguir, es necesario, ya sea brevemente, criticar la ambigüedad del concepto de coste de transacción. Ambigüedad que en nuestra opinión proviene de un enfoque induccionista, que impide distinguir conceptos tan diversos como consecución de información, veracidad de su contenido, comprensión y aceptación por las partes implicadas, etc.

En esta misma línea, aunque no compartimos plenamente la solución propuesta, se fundamenta la crítica a los costes de transacción.

19. Vid. Stven N. S. Cheung, en voz «*Coase*». The New Pelgrave. ob. cit.

ción que realiza el trabajo de D. Regan²⁰ en el que destaca que no toda dificultad en la realización de las transacciones es un simple problema de gestión de información y reforzamiento de los acuerdos, sino que existe un aspecto, que Regan llama estratégico, que no tienen que ver con la comunicación entre las partes. Según Regan, hay negociación cuando la producción de un excedente sólo es alcanzable por acuerdo, pero, por otro lado, ese excedente es indivisible, por lo que el aspecto estratégico es decisivo: cualquier exceso en la presión negociadora rompe el proceso e impide la consecución del excedente, por lo que hay una inherente inestabilidad en toda negociación de intercambio.

En cualquier caso, rechazamos la reducción empiricista que confunde información con conocimiento, y que como consecuencia establece que una decisión es racional, si alcanzado un cierto nivel de información, la toma de decisión es automática. De este modo se anula el papel que la voluntad y las pasiones desempeñan en el proceso de toma de decisión. El decisor queda entonces reducido a una especie de colector de información, en su sentido de soporte sensible, que una vez alcanzado un determinado nivel, ejecuta una decisión ya programada.

No se accede al conocimiento por simple acumulación de datos, ni tampoco el verdadero conocimiento de una situación conlleva eficacia en la decisión: la aceptación o rechazo de lo que habría que hacer es un riesgo no eliminable.

Aunque en desacuerdo con la expresión, no podemos olvidar la sugerente observación de J. M. Keynes²¹ al designar como «animal spirits» aquellos factores «no racionales» que influyen en las supuestas decisiones «racionales» de los empresarios neoclásicos. En nuestra opinión la incertidumbre no solo proviene de la falta de conocimiento, sino también de la falta de voluntad; o mejor aún, de la inseparabilidad práctica entre entendimiento y voluntad.

Podemos por fin decir que lo más llamativo del planteamiento de Coase es precisamente su manera de enfocar el concepto de coste

20. D. Regan, 1972 «*The problem of social cost revisited*». *Journal of Law and Economics* 15(2) Oct.427-37.

21. J. M. Keynes. 1936. «*The General Theory of Employment, Interest and Money*». Macmillan. London.

de transacción. De un modo parecido al de los físicos del siglo XIX, que entendían los rozamientos como imperfecciones de la mecánica racional, actitud que ha permanecido hasta que el advenimiento de la mecánica de los sistemas disipativos, Coase entiende los costes de transacción como imperfecciones de la competencia perfecta.

Su enfoque podría ser calificado de optimismo induccionista: da por sentado que toda negociación que conduce a un excedente colectivo siempre es eficiente cuando se realiza sin costes. Una postura diametralmente opuesta al pesimismo induccionista de Hobbes, para quien la seguridad de que ese tipo de negociación esta irremisiblemente condenada al fracaso, el único camino para la consecución de ese excedente social es la imposición coactiva. Lo que R. Coater²² ha designado como «teorema de Hobbes», en oposición al «teorema de Coase».

La raíz última de esta dicotomía perversa del pensamiento social moderno, que continuamente bascula entre el individuo y el Estado, se alimenta de esa difícilmente desenmascarable tautología que se esconde bajo el llamado «problema de la inducción» que, para las ciencias sociales, subyace en la esencia del individualismo metodológico.

Ciertamente, que como dice G. Calabresi²³ el teorema de Coase es más robusto que el primer teorema de la economía del bienestar, pues mientras este último, para alcanzar una optimalidad paretiana, exige una condición de convexidad de comportamiento, del tipo «price-taking», el primero tan sólo requiere la ausencia de cualquier tipo de barrera a la contratación. Sin embargo, esta mayor robustez, es la que ha dado lugar a la calificación de tautología para el mensaje de Coase, ya que si desde el inicio se supone que el sujeto negocia de modo eficiente, entonces no tiene nada de extraordinario que el resultado de esa negociación sea también eficiente. De todas maneras, haber puesto de manifiesto la tautología que subyace en el individualismo metodológico, pensamos no es pequeña aportación.

El teorema de Coase, ha servido para destacar el hecho de que la teoría económica no es independiente de su marco legal, es decir,

22. R. Coater, 1982 «*The cost of Coase*». *Journal of legal studies*. 11(2) 225-52.

23. G. Calabresi, vid. T. Cozzi y S. Zamagni. 1989 ob. cit. pg. 678.

que la manifestación de eso que imprecisamente se conoce como costes de transacción, y que incluye conceptos tales como externalidad, bienes públicos, «club goods» o bienes públicos espureos, asimetría informativa, etc, hacen referencia implícita a unas instituciones previas que condicionan los modelos económicos. Parece entonces evidente que la solución eficiente de todo proceso de negociación depende de la atribución inicial de derechos. Esta dependencia queda caracterizada por los siguientes rasgos:

a) Existencia de una asimetría entre el modo de establecer los derechos y la eficiencia del consiguiente proceso de negociación: Por lo general, la negociación resulta eficiente si los derechos se definen en sentido negativo —como no interferencia— mientras que resulta ineficientes si se los derechos se definen en sentido positivo: como posibilidad de interferencia. Por ejemplo, el derecho a disfrutar de aire limpio, solo resulta eficiente si se define como prohibición a contaminar.

b) La naturaleza de esa asimetría no es puramente formal, sino que tiene su fundamento en «la naturaleza de las cosas» (natura rerum o ecologicidad). Lo que viene a explicar la sentencia «primun vivere deinde philosophare», en el sentido de que el derecho no es pura construcción lógica sino que es consecuencia de un orden previo que el entendimiento tiene que descubrir.

Estas dos conclusiones constituyen, a nuestro entender, el techo de las posibilidades del análisis de la eficiencia, tipo Paretiano. En lenguaje de la «escuela del análisis económico del derecho» podría decirse que los derechos que cumplen las dos condiciones de negatividad y ecologicidad, son los más eficientes en el sentido ya expresado.

Desde el enfoque neoclásico, los derechos de propiedad sólo pueden ser entendidos como «señales» portadoras de información, es decir, proposiciones de negatividad ecológica. Negatividad, que como sugiere D Regan²⁴, es condición necesaria pero no suficiente para la consecución de una situación Pareto eficiente.

Si se persiste en enfocar la naturaleza del derecho desde el ángulo exclusivo de la pura negatividad, la única alternativa viable es in-

24. D. Regan, 1972. ob. cit.

terpretarlo como un sentimiento que se forma a través de una evolución genética. En este sentido es muy sugerente el libro de Morris Silver²⁵.

La racionalidad del individuo

Se inicia ahora la segunda parte de nuestro discurso donde se expone lo que, a nuestro entender, constituye las causas últimas de las limitaciones del análisis neoclásico cuando analiza el sentido del derecho de propiedad.

La economía, como toda ciencia social, se interesa de modo especial por la acción humana. No por casualidad la «Acción Humana» es el título que L. von Mises puso a su tratado de economía.

El sentido que la acción humana tiene para el pensamiento tradicional puede deducirse de la conocida sentencia: «el obrar sigue al ser», que puede interpretarse tanto en el sentido de que la acción es manifestación del ser, como que la existencia se realiza en la acción. Sentencia que para el caso de la acción humana adquiere su pleno sentido si se completa con la definición de persona de Boecio: «sustancia individual de naturaleza racional». Podría entonces decirse que para el pensamiento clásico no sería posible hablar de acción humana sin referirse al concepto de persona. Es en el concepto de persona donde se articulan, individualidad, acción y racionalidad.

Por contraste, en el paradigma de la economía neoclásica, una de las cosas que llaman la atención es la ausencia del concepto de persona, o para ser más preciso, el vaciamiento de su significado tradicional, a la hora de enjuiciar la acción humana.

Para desentrañar los motivos de esa ausencia, puede ser una buena pista recordar el viejo proyecto racionalista, formulado entre otros por D. Hume, de construir una moral basada exclusivamente en la razón. Un proyecto que nacería muerto, o como ha dicho A. Macyntire²⁶, una propuesta que constituye un epitafio.

Un eco o consecuencia de ese viejo ideal es el tenaz intento de construir la economía como el estudio de la interacción racional. Esto

25. Morris Silver, 1989. «*Foundations of economic justice*». Basil Blackwell.

26. D. Macyntire 1984, «*After Virtue*». University of Notre Dame Press.

implica, como muy bien ha analizado David Gauthier²⁷, la sustitución de la persona por el individuo.

Los motivos de esta sustitución son variados y de ordenes diferentes, pero por el momento, queremos presentarlo como algo perteneciente al orden del método, lo cual no excluye la existencia de otras causas, incluso de más entidad.

Lo primero que conviene destacar es la enorme complejidad del problema con que se enfrenta la Economía. Hay un texto de J.L. Borges, sobre lo que llama la biblioteca de Babel, que es de gran utilidad para desentrañar el sentido de lo que se entiende por complejidad cuando se plantea el estudio de la interacción racional.

Se trata de una biblioteca que contiene todo el saber. Lo malo de esa biblioteca estriba en que es impracticable; existe pero no puede ser manejada, precisamente por ser ilimitada, ¿puede el hombre conocerlo todo?. Este es, en esencia, el problema de la interacción racional. La sociedad, como la biblioteca de Borges, no está hecha a escala de inteligencia individual humana. Desde el punto de vista práctico, cada hombre es incapaz de establecer una organización del contenido objetivo de la biblioteca, ya que no la puede abarcar entera. Cada hombre, considerado aisladamente, es incapaz de encarar la complejidad de satisfacer racionalmente las necesidades de todos, incluido él mismo²⁸.

El intento de organizar esa «gran biblioteca», que de algún modo constituye una imagen de la sociedad, sobrepasa con mucho la capacidad de la inteligencia humana.

La actitud del racionalismo ante esta tarea no deja de ser desconcertante. Por un lado, influido por su raíz empirista, debería sentirse impotente, ya no es capaz de superar el problema induccionista que tiende a confundir el conocimiento con la acumulación de datos. Problema por otra parte insoluble, ya que sería algo semejante a pensar que sólo es posible organizar la biblioteca cuando se haya leído entera, pero sabiendo que su lectura resulta inacabable. Por otro lado, ni siquiera se plantea la pregunta sobre el sentido de seguir leyendo, ni mucho menos por el sentido de la misma existencia de la bi-

27. D. Gauthier, «*Morals by agreement*» Clarendon press. Oxford 1986.

28. Citado por L. Polo. «*conocimiento y trabajo*» SEH. Pamplona 1989.

biblioteca. El racionalismo inductista parece haber sido condenado al castigo de no dejar de ordenar ignorando el sentido último de ese trabajo. Aunque suene paradójico, ha sido condenado a confundir la procesalidad con la finalidad.

En último término, para el impresionante paradigma de la economía neoclásica, lo importante no es la existencia o el sentido de un orden final, sino la posibilidad de que cada individuo ordene según su propio criterio, esperando que al final, sin saber como, surja un orden al gusto de todos.

Esto implica renunciar al concepto clásico de persona. Por su misma racionalidad la persona está abierta a los proyectos de los demás, y no puede sustraerse al juicio moral. Para ser racional se necesita saber el sentido o finalidad de la acción. Sin embargo, para ser individuo es suficiente con tomar autoconciencia de individualidad. Ser racional se reduce entonces a actuar de acuerdo con esa autoconciencia, no hace falta saber el sentido de la acción, basta con lograr lo que se quiere.

Surge así el modelo neoclásico de la economía como un diseño de interacción racional basado en la libertad de intercambio. El problema es que ese concepto de libertad exige excluir la moral, o mejor dicho, exige un estado de anarquía moral.

En este sentido es muy revelador el siguiente texto de A. Smith²⁹ «Suprimiendo todos los sistemas de restricciones, el obvio y simple sistema de libertad natural se establece por sí mismo. Cada hombre, en la medida que no viole las leyes de la justicia, queda en perfecta libertad para perseguir su propio interés del modo que le plazca, y poner tanto su industria como su capital en competencia con los otros hombres».

Conviene destacar que para lograr este simple sistema de «libertad natural» es necesario que cada hombre sea libre «en la medida que no viole las leyes de la justicia». Concepto de justicia que está totalmente ausente del tratamiento que T. Hobbes da a la interacción racional, donde «la Fuerza y el Fraude son ...las dos virtudes cardina-

29. A. Smith, «*An Enquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*». Ed Seligman Londres 1910, vol 2. p 180.

les» (Leviathan cap. 13. p 63). Mientras que para Smith, la ausencia de la fuerza y el fraude son esenciales para que el mercado funcione.

La acertada intuición de Smith se vería truncada por la pobreza de su fundamentación filosófica del concepto de justicia.

Con independencia de que se siga utilizando un lenguaje tradicional con conceptos tales como libertad y virtudes, el modelo de mercado perfectamente competitivo, al suprimir toda incertidumbre circunstancial rompe la totalidad de la acción humana y hace superfluo el comportamiento estratégico, logrando a cambio que la interacción social quede reducido a un proceso de una gran simpleza lógica. Cada individuo elige con referencia a un solo parámetro, como si la propia acción fuese el único factor variable, ya que las acciones de las demás se toman como circunstancias fijas. Cada uno elige como si conociese todas las consecuencias de sus acciones.

Puede hablarse entonces de una supresión de la moral, pues esta tiene sentido en ámbito de incertidumbre, cuando el juicio sobre las posibles consecuencias de la propia acción en uno mismo y en los demás se realiza en función de la totalidad de la acción.

En este modelo de competencia perfecta la propiedad privada de todos los productos y factores de producción no se explica, sino que se da por supuesta. Cada individuo queda determinado por su función de utilidad y por su dotación de factores. A partir de las cuales se fijan sus preferencias y capacidades.

En este sentido, decir que un factor o un producto es propiedad de alguien sólo puede interpretarse en el sentido de puede utilizarlo como guste en los procesos de producción, cambio, o consumo. Cada unidad de un bien forma parte de la función de utilidad de una sola persona, creando una especie de «privacy» en el consumo, una zona moralmente libre que es la constituida por los bienes de consumo, que está delimitada por la independencia de las funciones de utilidad de cada individuo. Como dice John Rawls³⁰ una zona en la que los individuos «son concebidos como no interesados en los intereses de los demás». Situación que P.H.Wicksteed³¹ prefería definir

30. John Rawls, «*A Theory of Justice*» 1971.

31. P.H.Wicksteed, «*The Common Sense of Political Economy and Selected Papers and Reviews on Economic Theory*». ed. L.Robbins 1933.

como de «no tuismo»: mis preferencias no te conciernen. La propiedad queda reducida a una consecuencia del consumo, lo cual implica un contrasentido ya que mientras la propiedad tiene un fuerte sentido social, el consumo por sí mismo es insolidario.

La ventaja de este planteamiento era que, al menos en apariencia, se lograba superar la solución pesimista que Hobbes daba al problema de la interacción racional. Si cada individuo persigue su ganancia individual el resultado no es un equilibrio óptimo, sino una tiranía del caos, que hace necesario un tirano, una «mano visible» que imponga cualquier tipo de orden. La introducción de una zona de acción moralmente libre genera una «mano invisible» que de modo natural conduce hacia una solución óptima de equilibrio.

No es casualidad, ni simple anécdota o recurso didáctico, el continuo recurso a la figura de ese famoso naufrago que es Robinson Crusoe. Este personaje es la personalización de la concepción racionalista de libertad humana. Crusoe es libre de usar sus capacidades en cualquier modo que mejor se ajuste a sus preferencias dadas las circunstancias externas en las que se encuentra. En este sentido una persona es libre en la medida que es capaz, sin interferencias, de poner sus capacidades al servicio de sus preferencias.

El modelo de mercado en competencia perfecta establece aquellas condiciones en las que cada individuo, sin abandonar la sociedad, puede disponer del mismo tipo de libertad de que goza Crusoe en su aislamiento. Cada individuo es así un Robinson Crusoe aislado en medio del mercado.

Este supuesto de conducta queda justificado porque asegura un resultado de interacción social en el que coinciden equilibrio y optimalidad. Sólo ese tipo de conducta puede ser entonces llamada racional.

El problema es, sin embargo, que el concepto de racionalidad no es unívoco³². No obstante, no sólo los neoclásicos, sino todos los que de un modo u otro están de acuerdo con la metodología individualista, comparten la idea de que la racionalidad de una acción se sigue exclusivamente del modo de calcular sus consecuencias. Para to-

32. L. A. Boland, 1982 «*The Foundations of Economics Method*». London. George Allen and Unwin

dos los que se han ocupado de este aspecto, desde J. N. Keynes, pasando por L. Robbins y L. von Mises³³, la racionalidad es sinónimo de cálculo. A este respecto conviene recordar la definición de economía de Robbins: elegir, entre medios dados, el óptimo para alcanzar unos fines también dados.

Esta difundida manera de pensar, hunde sus raíces en el escepticismo humeano, que conduce a suspender todo juicio sobre fines y medios, para centrarse en la simple conexión lógica entre ellos. Reduccionismo que es manifiestamente insatisfactorio. Si la acción humana se reduce a la simple capacidad lógica de conectar medios con fines, la racionalidad es un puro instrumento del agente. De este modo, la acción humana queda fraccionada y sin sentido, ya que todo intento de explicar la acción sin fines y medios, es como construir un puente sin estribos.

El intento racionalista de construir una moral a partir de la razón, acaba construyendo una racionalidad prescindiendo de la moral.

El paroxismo de esta contradicción se manifiesta con toda su fuerza en el proyecto utilitarista. Los utilitaristas, hablando de modo general, pretenden establecer una función agregativa de funciones individuales de utilidad. La maximización de esa supuesta función de utilidad proporcionará un índice para conseguir un óptimo de bienestar social. Pero entonces, si el objetivo de la racionalidad es conseguir el máximo bienestar, bajo la aparente neutralidad de una conducta maximizadora se está introduciendo un principio moral que no ha sido justificado. Los utilitaristas que comienzan criticando las restricciones morales y políticas que en su opinión gravan sobre la conducta humana, acaban invocando la fuerza de un Estado de bienestar que redistribuya los bienes y permita obtener el ansiado óptimo de bienestar. Entonces, la justificación del derecho se reduce a lo que decía J.S. Mill «tener un derecho, es entonces, pienso yo, tener algo en cuya posesión la sociedad debería defenderme. Si un objetor me preguntara porque es mío, yo pudiere darle no otra razón que la utilidad general». Para Mill el fundamento del derecho se desplaza entonces del individuo al resultado de su acción.

33. Vid. Blaug M. «*The methodology of Economics: Or how economists explain*». Cambridge, Cambridge University Press. 1980.

Los utilitaristas acaban incurriendo en la grave contradicción de negar a los individuos en sociedad la libertad de que goza Robinson Crusoe en su isla, y precisamente en nombre de que cada uno debe ser libre para poner su capacidad al servicio de sus preferencias.

Persona y racionalidad

Para dar unidad y sentido a la acción humana es necesario superar la deficiencia radical de la racionalidad instrumentalista. Decir que la racionalidad procede desde el resultado al individuo, y no al revés, es afirmar que lo que primariamente existe son resultados objetivamente racionales. Pero, entonces, el problema es saber de donde proviene esa racionalidad, cayendo así en un razonamiento circular.

Si no se quiere forzar la realidad, quebrantando la unidad de la acción, hay que proceder exactamente al revés: la racionalidad propiamente hablando sólo puede predicarse de la persona, e indirectamente de la acción. El resultado, en sí mismo, sin su contexto, no es objeto de juicio de racionalidad.

El concepto de persona se manifiesta a través de las relaciones o personalidades que se anclan en el individuo. El individuo es sujeto de una multiplicidad de relaciones, lo que lleva a pensar que hay un conjunto de personalidades que se configuran sobre un mismo individuo. Uno mismo es hijo, padre, esposo, amigo, compañero, vecino, etc. Cada persona, valga la redundancia, se persona, se hace presente en la sociedad en cuanto sujeto de una multiplicidad de relaciones.

La racionalidad de la persona aparece entonces no como un resultado, sino como la capacidad que tiene el agente de dar cuenta — dar razón — del sentido de su acción. Esto supone diferentes planos de contemplación de la acción: uno absolutamente personal e intransferible, que implica contemplar la acción desde dentro y en su totalidad. En este plano es donde subyace la explicación última de los motivos de la acción. Un segundo plano, sería el que contempla la acción en cuanto comprensible para uno mismo y para los demás. En este plano es donde se desarrolla el sentido de racionalidad como sinónimo de racionalidad. La condición previa de racionalidad es actuar con referencia a los otros, que no sólo deben entender el sentido

de lo que hacemos, sino que ellos mismos son parte de ese sentido. Sin esta dimensión relacional de la razón el lenguaje quedaría sin sentido.

Desde este punto de vista, lleva razón MacIntyre A.³⁴, cuando sugiere que ser racional, es tomar conciencia de estar integrados en un mismo relato, en el que el papel de cada uno tiene sentido junto al de los otros, que el diálogo forma parte de un argumento.

Este es precisamente, a nuestro entender, el sentido profundo del siguiente texto del Dante en «De Monarchia» que nos interesa comentar ahora, y que vendría a ser como un complemento del anteriormente citado de J. L. Borges. Dice así: «El intelecto posible, esta facultad de conocer de la que decimos que es propia del hombre, tiene necesidad de ser actualizado por el intelecto agente, y ningún intelecto individual, por completamente actualizado que esté, conoce todo lo que un intelecto posible puede conocer. La única comunidad humana en la que una vez actualizados, tomados en conjunto todos los entendimientos, alcanza la totalidad de lo que el intelecto humano puede conocer, es el género humano entero, toda esa multitud de seres pensantes es necesaria como requisito para actualizar la posibilidad total del intelecto humano, primero por la especulación, después por la acción, que no es más que una especie de prolongación de la especulación»³⁵. La importancia de este texto radica en el énfasis en la naturaleza relacional e intersubjetiva del conocimiento humano. La plenitud del conocer implica la participación de todos en una misma acción para el logro de esa plenitud.

Hay finalmente un tercer plano que contempla la acción desde sus consecuencias. Es en este plano donde surge la racionalidad instrumentalista, o cálculo consecuencialista.

Estos tres planos están superpuestos y subordinados, de tal modo, que el primero de ellos es el que da profundidad de enfoque a los otros dos, y el segundo revela las verdaderas dimensiones del tercero.

Si se suprimen los dos primeros planos, como hace el individualismo metodológico, la racionalidad se hace radicalmente indi-

34. MacIntyre A., Ob. cit.

35. E. Gilson. «*La metamorfosis de la ciudad de Dios*». pg. 143. Rialp Madrid. 1965 Edic. orig. Louvain 1952.

vidualista. El único modo que hay entonces de enfrentarse con la interacción personal es suprimiendo su dimensión social e histórica, quedando así reducida a la mutua negatividad o conflictividad individual.

El aprendizaje es consecuencia de la dimensión espacio temporal de la acción humana, por eso, cuando se insiste en enjuiciar la acción humana a partir de sus consecuencias, ese rompimiento de la totalidad de la acción, conlleva la pérdida de su dimensión temporal, que es concepto clave para la conducta económica. Para los utilitaristas, como sólo el presente y el futuro producen placer —no existe el goce retroactivo— las decisiones deben guiarse por las consecuencias de la acción, no por sus antecedentes. Para los utilitaristas, el único lenguaje racional, es el de los hechos. El problema, como ya ha señalado K. Popper³⁶, es que no hay hechos sin lenguaje.

La unión entre los diversos planos de la racionalidad es tan íntima, que aún desde el mas bajo de ellos, se vislumbra la existencia de los otros dos. Esto se pone especialmente de manifiesto en los trabajos de R Alxelrold³⁷ sobre el origen de las actitudes cooperativas. La pregunta que se formula Alxerod, es la siguiente: ¿En qué casos, cuando se supone una relación temporal permanente hay que cooperar, y en qué casos hay que ser egoísta?. Este problema introduce el comportamiento estratégico, evaluar el resultado y reacción de los otros a las propias decisiones. Esto supone permanencia de las relaciones lo que de modo implícito conlleva recomponer la totalidad del arco temporal, y volver a introducir, a través de su dimensión histórica y social, el concepto clásico de persona.

Las conclusiones que alcanza Alxerod, conllevan el reconocimiento del proceso de aprendizaje y la formulación de unas reglas de conducta fácilmente comprensibles para los demás. Estas reglas no sólo son útiles, fomentan la cohesión social, sino que perfeccionan a quiénes las realizan. Al contrario que en el modelo de competencia perfecta las estrategias vencedoras no son aquellas que se guían por las consecuencias inmediatas de la acción, sino por el sentido intrínseco de ese modo de actuar que, a largo plazo, genera consecuencias mejores para todos.

36. K. Popper. 1963. «*Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge*». Cambridge, MA: Harvard University Press.

37. R Alxelrold, 1984. «*The evolution of cooperation*». Basic Books.

Alxerod, viene a sugerir, con otra terminología, lo que decían los tratadistas españoles de la «escuela de Salamanca»³⁸ cuando hablaban del precio justo como aquel que crea mayor cohesión social, lo cual quiere decir que no es el generado por la búsqueda de consecuencias individuales inmediatas, sino el provocado por conductas llenas de sentido para todos.

Las conclusiones de Alxerod, al introducir el proceso de aprendizaje, vuelven a conectar con el ideal clásico de la práctica de las virtudes. A título de ejemplo, citaré algunas de las propiedades que configuran la estrategia vencedora en ese torneo computerizado que constituye la esencia de su trabajo: «1. No ser envidioso. 2. No ser el primero en no cooperar. 3. Devolver tanto la cooperación como la defección. 4. No ser demasiado listo».

La pregunta por la permanencia de las relaciones entre individuos conduce inevitablemente a la contemplación de la dimensión histórica y social que los constituye en personas. En este marco, la acción no se reduce a dar satisfacción a unos fines dados, como piensa el racionalismo individualista, sino que el descubrimiento de los fines forma parte de la misma acción. La permanencia de la relación lleva implícita la pregunta por el sentido de esa permanencia: por la finalidad del obrar.

Llegamos así al núcleo de la racionalidad que surge del concepto de persona: el hombre tiene un fin que no se da a sí mismo y que no le es patente, sino que descubre a través de su propio obrar. La pregunta por el sentido de la propia existencia es el inicio y fundamento de toda racionalidad. Si el hombre se niega hacerse esa pregunta degrada su racionalidad; como señala Parfitt³⁹ «a menudo, como mi gato, simplemente hago lo que me apetece hacer, pero entonces no hago uso de una capacidad que sólo las personas tienen».

La búsqueda del último fin, lo que constituye la racionalidad teleológica, atraviesa y llena de sentido la racionalidad funcional y, a través de esta, también a la racionalidad instrumental⁴⁰.

38. Véase A. Chafuen, «*Christian for freedom*» San Ignatius press. San Francisco 1984.

39. Parfitt, 1984 «*Reasons and Persons*». Oxford. Oxford university press.

40. Shaun Hargreaves, Heap. «*Rationality in Economics*». Basil Blackwell. Oxford 1989.

El fundamento personal de la cooperación

Llegamos así a la parte final de la exposición en la que se analizan las consecuencias que para el análisis económico del derecho se siguen de la sustitución del concepto de individuo por el de persona.

No se me oculta el instintivo rechazo que este planteamiento puede provocar en todos aquellos que, imbuidos por fuertes y arraigados hábitos mentales positivistas, entienden que de este modo se sobrepasan los límites de lo que consideran enfoque científico de la economía. Para apaciguar esas actitudes puede ser conveniente sugerir que en el seno de la economía podría existir algo parecido a un «teorema de Gödel», según el cual, para establecer un sistema coherente que permita emitir juicios de eficiencia es necesario que algunos de sus presupuestos queden excluidos del citado juicio.

Algo parecido es lo que sugiere K. J. Arrow⁴¹ cuando afirma que «...La definición de derechos de propiedad basados en el sistema de precios depende precisamente de la falta de universalidad de la propiedad privada y del sistema de precios.»

Tampoco es la primera vez que en época reciente, se ha destacado la significativa ausencia del concepto de persona en el ámbito de la economía. Para A. Sen⁴², los planteamientos utilitaristas son especialmente inadecuados cuando se enfrentan con el análisis económico del derecho.

A nuestro entender lo primero que conviene subrayar es que sólo en el marco de lo social e histórico es posible una verdadera apropiación. Hay por tanto que distinguir entre apropiación que, aunque tiene su fundamento último en lo personal, sólo es plenamente realizable en la dimensión histórica de lo social, y privatización de la propiedad que es una consecuencia o hecho derivado del primero.

Esta idea, a mi entender, se puede apreciar en el siguiente texto «La tierra, en un principio, se da a la comunidad humana en general, representada inicialmente por nuestro protogenitor; ... la apropiación

41. K. J. Arrow, Gifts and Exchange, Philosophy and Public Affairs summer 1972, pg 357.

42. A. Sen, Sen A.K. y Williams B., eds. 1982 «*Utilitarianism and beyond*» Cambridge University Press.

la apropiación privada del suelo, siendo en sí misma, no sólo lícita, sino también natural, es siempre sobrevinida y como derivada de aquella común, y de ahí que se suele decir que la propiedad privada es de derecho natural sólo secundario. Es algo, diríamos, perfectamente lícito pero no absolutamente necesario. De hecho, a medida que los hombres han ido ocupando nuevas porciones de tierra, incluso por invasiones violentas, esta ocupación, salvo casos muy excepcionales de colonización individual, ha sido siempre una ocupación colectiva, y sólo en un momento posterior se ha procedido a una distribución particular de una parte de ese suelo colectivamente ocupado, y gran parte de él se ha mantenido como colectivo de la comunidad ocupante, es decir, como própiamente público. Una tradición, quizá legendaria, atribuye al primer rey de Roma, Rómulo, la asignación a cada uno de los 'padres familia' de Roma, de una pequeña parcela de terreno, de dos yugadas —es decir, lo que puede arar en un día dos parejas de bueyes—: el llamado 'heredium', objeto principal del 'mancipium' familiar»⁴³.

Por su misma naturaleza, la pura apropiación individual es siempre precaria e imperfecta, ya que sin el reconocimiento social no es posible la imprescindible estabilidad del dominio. Toda propiedad hace referencia a los otros. Sólo en el seno de la sociedad alcanza su perfección la apropiación. No deja de ser coherente que, desde la perspectiva del análisis neoclásico lo más patente de la propiedad individual sea la «no intromisión» o exclusividad del uso. Esa no intromisión, ya sea negativamente, hace referencia implícita a un marco social, a una alteridad a la que se le reconoce igual capacidad posesoria.

En el Génesis Dios entrega la Tierra a todos los hombres. La expresión «dominad la tierra» así parece sugerirlo. Ese dominio sólo alcanza su perfección en lo social, ya que dominar significa primariamente nombrarlas. El primer acto de dominio es dar nombre a las cosas; nombrar una cosa es ya en cierto modo, apoderarse de ella. En este sentido, tal como sugiere el texto del Dante, sólo la totalidad del género humano, en cuanto ámbito propio de las personas, es titular pleno de esa común capacidad, de la que deriva el derecho de propiedad privado, como fruto natural del común ingenio humano.

43. A. D'ors 1985 «Prelección jubilar» Universidad de Santiago.

Ser persona implica capacidad de apertura, capacidad de aprender. Una persona no es alguien cerrado en sí mismo, que actúa de acuerdo con un plan perfectamente establecido, sino un ser perfectible. Toda persona, al tiempo que se manifiesta por su acción, es también configurada por esa misma acción. Podría decirse que la persona deja su huella en la acción, y que la acción deja su huella en la persona.

Traduciendo a términos de conducta social esto quiere decir que lo primario en el concepto de propiedad es su aspecto personal o relacional, y lo secundario su aspecto material. Esto se entiende mejor si se considera la evolución del concepto de propiedad. Inicialmente surge ligada a la supervivencia de un grupo humano, que necesita de todos sus componentes para alcanzar esa meta de supervivencia. Esas relaciones de mutua necesidad quedan incorporadas en el jefe del grupo, tribu o clan, que personaliza a todo el grupo. A él le corresponde tomar las decisiones encaminadas al bien de todos, organiza las funciones, establece las relaciones y jerarquías. La persona del jefe queda desbordada por esa personalidad superpuesta en la que se integra y representa la totalidad del grupo. Bajo esta forma colectiva de posesión la propiedad se confunde con la pura materialidad de la cosa misma. El aspecto relacional que la fundamenta queda como oculto por la necesaria rigidez de esa primitiva organización social. En ese tipo de organización es fácil que el valor de lo personal quede aplastado por la miseria de la inmediata necesidad. El ámbito de la autonomía personal es muy reducido, tan reducido que en el plano económico sólo cabe la posibilidad de trueque de pequeños objetos, prácticamente el único y muy escaso tipo de cambio que existe.

En cualquier caso la apropiación surge como confluencia de los dos rasgos esenciales de la persona. De un lado de la experiencia de la limitación individual: «solo no puedo». De otro, de la posibilidad de relación con el igual: tengo necesidad de coordinar la propia acción con la de los demás. Contribuir al bien común, que es lograr lo particular con el concurso de lo universal. Por eso el bien común no es primariamente un resultado alcanzable sino un principio de acción.

La sociedad, impulsada por el crecimiento de las personalidades que la integran, supera las fases de supervivencia y de necesaria e imprescindible propiedad colectiva. Las relaciones se manifiestan entonces en formas múltiples y complejas, debilitando esa materializa-

ción de lo colectivo que es la concepción física de la propiedad. La función potestativa del jefe pierde eficacia. Ante la complejidad de la nueva situación el jefe se encuentra con nuevas tareas que no sabe como resolver, o que las resuelve ineficientemente. Surge la propiedad privada como modo de afirmar las nuevas personalidades nacientes, grupos mas pequeños o familias que, sin dejar de estar relacionadas e integradas en el grupo más grande, constituyen nuevos y mas ricos modos de organización social que permiten una vida mejor y una solución más eficiente a los nuevos problemas de la comunidad. En este sentido no deja de ser relevante que según la leyenda citada anteriormente por D'ors, la división de las tierras romanas, se haga en razón del trabajo posible o adecuado para las familias. La capacidad de hacer en cuanto manifestación de un ser personal es en última instancia el fundamento de toda apropiación, primero colectiva, luego privada, pero siendo lo personal su fundamentación última.

La propiedad deja de ser la simple materialidad de la cosa poseída para manifestar más claramente su aspecto relacional. El reconocimiento de la mutua dependencia en que se basa la propiedad colectiva, constituye la autoridad del grupo que fundamenta toda propiedad privada. Conviene insistir en la idea de que se fundamenta en la autoridad o personalización del grupo, para no incurrir en el error utilitarista o contractualista de fundamentarla en la potestad del grupo. Mientras la idea de autoridad supone una primacía de la persona sobre el grupo, la de potestad es exactamente lo contrario.

La autoridad o personalización del grupo implica el reconocimiento de un fin común. Sólo desde una ética teleológica tiene sentido la propiedad. Cuando Smith habla de la división del trabajo, que es un manifestación de la propiedad privada, hay un hecho que no queda suficientemente destacado: la división del trabajo sólo tiene sentido siempre que no se pierda la referencia a una tarea común. Cuando Smith habla de que el mercado —el intercambio— posibilita la división del trabajo, viene a decir que la propiedad privada no puede prescindir de esa otra forma de propiedad colectiva que es el mercado. Por eso el mercado sólo funciona con una comprensión mas honda de la moralidad. El mismo Smith como ya se ha dicho establece que la virtud de la justicia es un prerequisite para el funcionamiento del mercado. Otra cosa muy distinta es lo que entienda Smith por virtud de justicia.

En la definición clásica de la justicia: «la perpetua y constante voluntad de dar a cada uno lo suyo (ius suum cuiusque tribuere)» se hace patente el aspecto relacional de la propiedad. Sólo la relacionalidad plantea el problema de escindir la alteridad.

No deja de ser significativo la correlación que existe entre los conceptos de propiedad y de dinero. En las sociedades en la que predomina una visión cosificante de la propiedad, también existe una concepción parecida para el dinero, su esencia es casi siempre la materialidad de una cosa, normalmente el oro. Sólo cuando la propiedad adquiere el sentido de un derecho, en su acepción moderna, el dinero se desmaterializa para convertirse también en el símbolo del reconocimiento de un derecho.

Siempre que, por el motivo que sea, se produce una quiebra en la convivencia social, la vuelta a las cosas es uno de los primeros síntomas. El individualismo y el consiguiente materialismo son síntomas inequívocos de vuelta al primitivismo social.

En este sentido es muy interesante la distinción que introduce D'ors⁴⁴ entre «el ser humano natural y su personalidad, entre hombre y persona, pues, el ser persona supone siempre una concreta y relativa existencia social, por muy elemental que esta sea».

Esta distinción crea una perpetua tensión de lo personal que se desenvuelve entre las esferas de lo individual y lo colectivo. Tensión que se manifiesta en la misma definición de justicia que inicialmente habla de dar «a cada uno lo suyo» para en un momento posterior hablar del «derecho de cada uno». Entre ambas formulaciones hay todo un proceso de evolución del concepto de derecho de propiedad que, desde una inicial concepción ultrarrealista, que confunde la propiedad con la cosa poseída, acabará en la consideración de la propiedad como un derecho, un «ius».

Desde una concepción no homogénea de la propiedad, diferente según la cosa, se evoluciona hacia un derecho de propiedad unívoco, que puede recaer sobre objetos tan diversos entre sí como los inmuebles y las cosas fungibles, los títulos valor, la energía eléctrica, los derechos de autor, etc.

44. D'ors, 1985. Ob. cit.

serían más que facultades a exigir, una persona de otra, determinados servicios del más variado tipo, entendiendo siempre por 'persona', tanto la física como la jurídica»⁴⁵.

Para finalizar y como apunte de hacia donde caminamos en este tema quiero citar aquí el hecho de que sean una vez más los problemas de gestión y control de las gigantescas sociedades anónimas modernas los que vuelven a plantear el inquietante problema del sentido de la propiedad. Enfrentar este problema desde una óptica individualista o materialista no conduce mas que, como ya se ha visto, a continuas disgregaciones de una complejidad creciente. Sólo desde una concepción subjetiva del derecho es posible comprender la propiedad de ese tipo de corporación como una mutua exigencia de servicios, no sólo monetarios ni sólo laborales, entre todas las personas físicas que la integran. En el reconocimiento y adecuada configuración jurídica de esa nueva forma de propiedad corporativa se pone el fundamento para que surja esa otra nueva configuración de la propiedad privada que es la relación empresarial contractual. Una vez más, la propiedad privada adquiere su sentido en el reconocimiento y respeto a las múltiples formas de iniciativa económica. Problema ciertamente arduo, pero que sólo es resoluble si junto a instrumentos como el análisis económico del derecho, no se descuida el esfuerzo ininterrumpido por vivir la virtud de la justicia.

45. D'ors, ob. cit.

INDICE

Introducción	5
Una visión histórica del análisis económico de la propiedad	6
El dilema regulación o mercado	10
Propiedad y método neoclásico	13
La aportación de Coase	15
La racionalidad del individuo	23
Persona y racionalidad	29
El fundamento personal de la cooperación	33