

¿“BIASES” EN EL ANÁLISIS DE POSNER? ¿TENÍA BAKER RAZÓN?

*Sergio Muro**

El objetivo del presente trabajo consiste en analizar las posibles deficiencias encontradas en el trabajo de Richard Posner “Economic Analysis of Law” enunciadas por Edwin Baker en su trabajo “The Ideology of the Economic Analysis of Law”¹. Me centraré fundamentalmente sobre los dos “bias” o desvíos que señala Baker a las definiciones operacionales de Posner sobre valor y eficiencia. Intentaré demostrar que el primero de tales desvíos no tiene la consistencia que Baker le atribuye, aunque el segundo sí responde a las características por él enunciadas.

1. Introducción

Baker comienza por enunciar cuáles son las definiciones de valor y eficiencia que Posner enuncia. Posner considera que eficiencia significa la explotación económica de recursos de una manera tal que la satisfacción humana, medida por la agregación en la voluntad a pagar por bienes y servicios, es maximizada². Valor también es definido por la voluntad de pagar. Voluntad de pagar es a su turno definida como una función de la distribución existente de ingreso y riqueza en la sociedad. La idea subyacente en esto es que ante cualquier transacción voluntaria las dos partes estarán mejor luego del intercambio que antes de él. Y cuando ya no se pueden realizar más de estas transacciones la situación en la que la sociedad se encuentra se califica como “eficiente”. Siguiendo esta lógica, el derecho puede ser evaluado en términos de su contri-

* Universidad de Cornell

¹ Baker, C. E., “The ideology of the Economic Analysis of Law”, *Philosophy and Public Affaire* 5, 1, 1975.

² Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston, 1972, p. 4.

bución a la eficiencia económica, dado que puede asignar derechos a quien los valore más ahorrando costos de transacción.

Una vez en este punto, Baker se encarga de destacar que, de acuerdo con el punto de vista de Posner, la voluntad de pagar sujeta a la posibilidad real de hacerlo, debe ser aceptada como la forma en que se consigue la mayor satisfacción humana total³. Este es un punto muy discutido⁴, y creo que con razón, dada la posibilidad de aumentar la satisfacción humana por otros métodos, por ejemplo, mediante una distribución más igualitaria⁵. Y esta posibilidad nos lleva a otra premisa que Baker se encarga de puntualizar. Si la distribución original de ingreso y riqueza es injusta, quizás el resultado a obtener a través de las transacciones del mercado sea tan o más injusto que el que ya se tiene.

Es con esta explicación del contexto de la discusión que Baker encara los dos supuestos desvíos en el análisis de Posner:

- a) Favorece al reclamante sobre el derecho en cuestión, cuyo uso sea productivo por sobre aquel cuyo uso es de consumo.
- b) Favorece al reclamante, sobre el derecho en cuestión, rico cuyo uso es de consumo por sobre el reclamante pobre cuyo uso es también de consumo.

2. “Bias” favoreciendo la producción por sobre el consumo

Baker elabora la diferencia entre el uso productivo y de consumo en base a un ejemplo extraído del propio libro de Posner, en el que plantea un escenario en el que se encuentran dos personas en el desierto y hay que decidir a quién asignarle el derecho a un barril de agua. A través de este ejemplo, sostiene que, dadas las reglas propuestas por Posner, se debería asignar el barril a la persona más rica (que sería quien ten-

³ Baker, C. E., *op. cit.*, p. 6

⁴ Ver por ejemplo Dworkin, R., “Is Wealth a Value?”, *The Journal of Legal Studies*, pp. 199, “Pero Posner, al menos, es ahora explícito en que la riqueza es conceptualmente diferente de la utilidad.” Y p. 200, “Una vez que la riqueza social se divorcia de la utilidad, al menos, pierde toda plausibilidad como un componente de valor”.

⁵ Baker, C. E., *op. cit.*, p. 6

dría la voluntad y la posibilidad de pagar más por el barril). Esta solución aparece como ilógica a los ojos de Baker. A partir de allí, este autor considera que habría una diferencia no focalizada por Ronald Coase en su trabajo “The Problem of Social Cost” (que es en el que se basa Posner) entre lo que es un uso productivo y otro de consumo a la hora de valuar los bienes, dado que su enfoque era productivo.

Según Baker, la diferencia entre quien desea un bien para usos productivos y quien desea un bien para consumirlo, es que el resultado de la valuación del bien en cuestión es distinto de acuerdo con el momento en que se la hace para el consumidor, siendo indiferente el momento elegido para realizarla en el caso del productor. La razón de esta diferencia que apunta Baker estribaría en que la valuación en el caso de un uso productivo resulta del valor actual neto de la producción futura del bien en cuestión, independiente de cuándo se lo evalúe. Por su parte, en el caso de la valuación para consumo, la persona quiere y puede pagar una suma teniendo una riqueza X y otra generalmente mayor teniendo una riqueza $X+Y$ (siendo X mayor-igual a cero e Y mayor a cero; X es la cantidad de riqueza inicial y $X+Y$ la cantidad de riqueza que se tiene luego de adicionado el bien en cuestión). Al ser mayor la segunda suma (situación *ex post*) que la primera suma (situación *ex ante*), la cantidad total en términos absolutos que querría y podría pagar⁶ el consumidor (en términos de su nueva restricción presupuestaria) en la situación *ex post* sería mayor (en la generalidad de los casos, es decir, si nos encontramos con bienes normales). Advirtiendo esta diferencia, Baker considera un “bias” a favor del productor el hecho de elegir una forma de valuar que es menos favorable al consumidor.

Considero que el análisis de Baker parte de una premisa correcta, esto es, que la maximización de la satisfacción humana podría ser realizada a través de métodos distintos a los propuestos por Posner, al menos en el caso en que la distribución inicial es injusta. Ahora bien, a partir de allí su razonamiento lo lleva a conclusiones incorrectas.

La primera dificultad que se plantea en la crítica de Baker a Posner es el ejemplo de las dos personas en el desierto⁷. Siguiendo a Baker, el

⁶ Baker utiliza en su trabajo “willingness and ableness to pay” para expresar esta idea *ibid.*, pp. 4 y 5.

⁷ *Ibid.*, pp. 12 y 13.

resultado del postulado de Posner sería asignarle el barril a quien fuera más rico. Esta conclusión parte de dos supuestos. Uno, que ambas personas quieren el barril. Dos, que las dos quieren el barril al máximo de sus posibilidades económicas (dado que en ningún momento se plantea cuál es la diferencia entre las riquezas de ambas personas). A su vez, esta última premisa es extendida en la medida en que Baker sostiene que ninguna de las partes vendería el barril si lo tuviera, lo que implica transformar el barril en imprescindible. Si dos personas tienen bienes que no son imprescindibles y existe un bien que, por el contrario, sí lo es, entonces el valor que ambas personas asignan a ese bien es infinito (darían todo cuanto tuvieran de bienes prescindibles por obtener el barril). Pero se podría argumentar que ninguna de las dos personas podría pagar un valor infinito por el barril y entonces el comparable debería ser el valor de los demás bienes que las personas poseen. Esto a su vez sería caer en un error. Los bienes no tienen valor en sí mismos, sino que su valor depende de cuánto lo quieren las personas. Por lo tanto, si nadie quiere nada más que el barril (lo que se sigue de que para las personas el barril tiene un precio infinito), los demás bienes no tienen valor y lo que tenemos es una situación en la que las dos personas valúan exactamente por igual el bien, y por tanto no se puede resolver según este método a quién asignarle la propiedad del barril (se entiende que ambas personas tendrían una riqueza de 0).

Pero este error en el razonamiento de Baker al resolver un ejemplo, no tendría por qué invalidar su conclusión acerca de la existencia de un “bias” a favor del productor por sobre el consumidor, dado que el desvío se basa en otras premisas. Baker sostiene este “bias” sobre la base de que habría una marcada desigualdad entre la valuación que se hace *ex ante* y la valuación que se realiza *ex post* al momento de comparar entre usos productivos y de consumo. Considero que esta afirmación es errónea. Baker dice correctamente que si una persona es más rica en situaciones normales va a estar dispuesta a pagar más por un bien que si esa misma persona es más pobre (si ambas obtienen igual satisfacción por el uso del bien). El problema del análisis de Baker consiste en llevar esta situación al terreno de los distintos usos.

Hay dos cuestiones que Baker debió considerar y no hizo. La primera de ellas es que el método de valuación es el mismo en ambos casos. Al decir que el método de valuación es idéntico en ambos casos pretendo denotar que tanto productor como consumidor, al estar dispues-

tos a pagar algo por determinado producto (su precio de reserva), tienen que considerar su costo de oportunidad. Dado que los recursos de ambos son limitados (si los recursos de la economía en su conjunto son limitados como axioma, los de ambos sumados, al ser un subconjunto de ésta, son también limitados), éstos deberían estar dispuestos a entregar otros recursos que le permitirían otras posibilidades de producción en el caso del productor, u otras posibilidades de consumo en el caso del consumidor. Esto implica que, más allá de la diferencia en el uso, ambos están expuestos al mismo proceso de seleccionar entre sus muchas posibilidades de acción y escasos recursos para concretarlas a todas. Este concepto es de gran importancia, dado que permite entender que dado que el consumidor tiene otras posibilidades de consumo, decidirá a que consumo asignar su nueva riqueza, no limitando la decisión al bien en cuestión (es decir, aquel que le permite dado la valuación *ex post* aumentar su riqueza total). Esta conclusión fluye directamente del hecho de que el mapa de curvas de indiferencia que marcan la utilidad del consumidor en relación a los productos que adquiere con su riqueza no ha cambiado por el mero aumento de la cantidad disponible para gastar.

La segunda situación no analizada por Baker consiste en que si optásemos por la valuación *ex post*, nos encontraríamos en una situación de multiplicación de la riqueza en términos absolutos aunque no necesariamente en términos relativos. Supongamos para ilustrar el concepto que solo hay un productor y un consumidor. El precio de lo que produce el productor estará dado por su curva de oferta y la curva de demanda del consumidor (para hacer el ejemplo más sencillo descarto cualquier tipo de comportamiento estratégico que varíe la situación precedentemente descripta). Ahora si valuamos lo que el consumidor estaría dispuesto y puede de hecho pagar por un bien después de tenerlo, lo que obtendríamos es que la valuación del consumidor sería más alta (suponiendo que tiene preferencias sobre bienes normales que, por tanto, se mantienen a distintos niveles de riqueza), pero la del productor también. Esto resulta de la lógica de la valuación del consumidor y del productor. Cuánto está dispuesto a pagar el consumidor ha variado por que este tiene un presupuesto mayor del que disponer. Lo que no ha variado, tal como lo expuse precedentemente, es su mapa de curvas de indiferencia al momento de elegir que productos va a consumir. Y si la cantidad de dinero disponible aumenta y trabajamos sobre el su-

puesto de bienes normales, el consumidor estará dispuesto a pagar más por cada uno de los bienes que desea⁸ (aunque no sepamos en qué proporción aumentará la disposición a pagar por cada bien). Cuánto está dispuesto a pagar el productor proviene, como también antes señalé, del valor actual neto de los flujos de fondos a producir por el bien. Ahora, ya que el consumidor está dispuesto a pagar más *no solo por el bien en disputa si es más rico, sino también por el resto de los bienes que desea*, el valor actual neto del flujo de fondos proyectado de la adquisición del bien es más alto. Esto conlleva a dilucidar a quién favorece, si al productor o al consumidor, la valuación *ex post* en cada situación o mercado particular. Es decir que, en función de las elasticidades de oferta y demanda de cada mercado, se verá quién será beneficiado de la valuación *ex post*. Por tanto, no se puede fundar la idea de un “bias” a favor de un uso productivo sin evidencia empírica que lo respalde.

El ejemplo rudimentario aquí esbozado, con solo dos sujetos en la economía, puede llevarse por simple inducción a N sujetos, con idéntico resultado económico. El argumento de que al ser una valuación particular en un caso judicial y no de toda la economía, lo que llevaría a que no cambiase el precio del bien por el mayor poder adquisitivo del consumidor litigante (o al menos el efecto marginal tendería a cero), no se puede sostener dado que de otra manera la empresa sería la perjudicada, dado que valuaría a un precio de mercado distinto, más reducido y dispuesto a pagar menos por el bien, que el que utiliza el consumidor.

En virtud de lo precedente, la existencia de un supuesto “bias” favorecedor de los productores por sobre los consumidores es algo sujeto a demostración empírica. Y en tanto esta demostración no se realice, no podemos afirmar que en realidad exista un “bias” en la valuación.

3. “Bias” favoreciendo al consumidor rico por sobre el consumidor pobre

El supuesto desvío injustificado en el caso de dos consumidores con distintos niveles de riqueza, favoreciendo a la persona rica por sobre la

⁸ Existe la posibilidad de que aun aumentando la riqueza y trabajando con bienes normales no aumente la disposición a pagar de algún bien en particular. Esto puede provenir de varias situaciones como ser la característica del bien en cuestión (e.g. si me aumenta la riqueza 100 no voy a aumentar mi disposición a pagar por un reloj que vale 5000) o el nivel de riqueza de un

pobre, es producto de la importancia relativa que tiene en las dos personas el agregar a su respectivo patrimonio el bien a comprar. Es decir, si ambas personas valúasen su disposición a pagar por el bien en la situación *ex post*, la persona pobre estaría en una situación relativa más favorable dado que una suma fija (valor de mercado del bien) representaría relativamente más en su patrimonio que en el de la persona rica. Y por tanto el diferencial de cantidad de dinero que estaría dispuesta a pagar en la situación *ex post* por el bien sería relativamente más grande en su caso que en el del sujeto rico.

En este punto, Baker se encarga de resaltar el hecho de que esta situación (a mayor riqueza mayor disposición a pagar por el bien, en términos absolutos, dado el mismo mapa de curvas de utilidad) sólo se da con respecto a lo que la teoría microeconómica llama “bienes normales”. Es decir, aquellos por los que las personas están más dispuestas a pagar a medida que tienen mayor cantidad de dinero. Sin embargo esta disquisición es meramente para dejar en claro la existencia de mercado de ciertos bienes que no responden de la manera esperada a un aumento en el poder adquisitivo de los consumidores. Rápidamente deja en claro que generalmente los mercados de los bienes se comportan de la manera esperada, especialmente el mercado de derechos, tales como a la educación básica, a la salud, a elegir a las autoridades, a la libertad, etcétera, por lo que a efectos de su análisis el “efecto normal” (“normal effect”) es el que único que tendrá en cuenta.

Asumamos ahora que el modo de valuación está en verdad desviado sin justificativo alguno, o sea que no hay razón para elegir la valuación *ex ante*. Entonces intentemos valuar los bienes en concordancia con la alternativa *ex post*. Para valorizar lo que cada individuo estaría dispuesto a pagar por un bien o un derecho habría que considerar primero cuántas personas hay y cuántos bienes. Esto sería así, dado que lo que cada persona estaría dispuesta a pagar por el bien en la situación *ex ante* hay que sumarle el valor del bien a adquirir (encontrándonos luego de esta operación en la situación *ex post*). Y dado que esta situación hay que repetirla con tantos bienes como haya en el mercado (Y =bienes) para todos los individuos (N =individuos), nos encontraríamos con que todos

individuo que lo lleva a preferir más de algunos bienes y no de otros. Pero de cualquier modo, esta es una particularidad de algunos bienes dentro de una situación especial que no quita que en la generalidad de los casos el efecto que señalo se encuentre presente.

los individuos seríamos igualmente ricos en una sociedad N veces más rica que lo que en realidad es⁹. La disposición a pagar de la persona de escasos recursos habría aumentado relativamente más que la de una persona acaudalada. Pero no sólo habría una tendencia a equiparar en términos relativos, sino que tendríamos una igualación en poder adquisitivo en términos absolutos.

Como claro corolario de la utilización de este método, dado que todas las personas tienen igual cantidad de dinero para gastar, la elección de qué consumir reflejaría la actual satisfacción que cada consumidor considera que recibirá por la adquisición y consumo de dicho bien. Inherente a este procedimiento de valuación es la igualdad de oportunidades que cada persona tiene al momento de tomar cada decisión de consumo. Sin embargo, este sistema trae aparejado muchos problemas. El principal entiendo que proviene de la incapacidad del método de tomar en cuenta las actividades pasadas de los individuos y, por tanto, de establecer un sistema de incentivos. Por ejemplo, una persona que dedicase su vida al trabajo tendría la misma cantidad de recursos para elegir qué consumir que otra que por decisión personal sólo dedicase su vida al esparcimiento. Por otro lado, un problema práctico, pero creo que de considerable magnitud, estaría dado por la dificultad de valuar todos y cada uno de los bienes en cada transacción de manera de asegurar la igualdad de oportunidades a todos los individuos y en todo momento, que es el centro de este argumento.

Se podría argumentar que, dado que Baker se focalizó en problemas legales, llevar el análisis a toda la sociedad sería no seguir su argumento. O sea, el juez normalmente debe decidir a quién asigna los bienes entre dos reclamantes y por tanto el efecto multiplicador de la riqueza no sería tal. Sin embargo, lo que la regla sostiene es asignar el derecho a quien lo valore más, sin restringirlo al número de reclamantes. Por tanto, cualquier persona podría interponer una tercería de mejor derecho, sostener que valoriza más el bien y tratar de conseguir un fallo a su favor. Es por eso que el efecto multiplicador está potencialmente

⁹ Todas las personas en la sociedad valuarían todos los bienes de la misma forma. A raíz de ello para valuar cada bien habría que posicionarse en la situación *ex post*. Por ejemplo, a la hora de valuar un bien, el que lo posee es la única persona que no lo debe agregar a su nivel de riqueza (que nos brinda restricción presupuestaria). Si repetimos esta operación con el resto de los bienes, llegamos al resultado propuesto.

presente aún en situaciones que conciernen a dos partes, razón que obliga a analizar el problema como lo he descrito.

4. Conclusión

El presente trabajo pretende haber aportado algo a la discusión acerca de la existencia o no de desvíos intencionales o inocentes en el criterio económico de asignación de bienes o derechos. El considerar si esta forma de asignar bienes es la que genera un mayor bienestar o si se podría conseguir dicho objetivo por otro medio escapa a los objetivos y posibilidades del presente estudio. Sin embargo, espero haber dejado en claro la inexistencia del “bias” que Baker destacó para el sistema de la valuación *ex ante* en el caso de usos productivos y de consumo y la dificultad inherente a la valuación *ex post* que brindaría un fuerte argumento a favor de la utilización de la valuación *ex ante, respaldando la propuesta de Posner.*