

Artículos

LAW, ECONOMICS AND THE INSTITUTIONAL APPROACH TO DEVELOPMENT AND TRANSITION: TOWARDS AN EVOLUTIONARY PERSPECTIVE

ENRICO COLOMBATTO*

Resumen: Los principios que subyacen a la psicología evolutiva, sugieren una aproximación al Derecho y a la Economía que tiende a rechazar una gestión política de arriba a abajo, y estimula una estrategia de abajo hacia arriba, por medio de la cual las reglas conducen a rutinas de comportamiento que son consistentes con los patrones psicológicos compartidos de los individuos. El enfoque propuesto en este trabajo es fructífero desde una perspectiva metodológica, en el sentido de que permite una nueva clasificación de las sociedades, una nueva visión de sus perspectivas de crecimiento económico, una apreciación innovadora de las oportunidades de transición exitosas en áreas que han experimentado una transformación política sustancial.

Palabras clave: Instituciones, patrones de comportamiento, Derecho y Economía.

Abstract: The principles underlying evolutionary psychology suggest an approach to Law and Economics that tends to reject top-down policy making and encourages a bottom-up stance, whereby rules lead to behavioral routines that are consistent with individuals' shared psychological patterns. The view proposed here is fruitful from a methodological perspective, in that it allows a new classification of societies, new insight on their prospects for economic growth, an innovative appreciation of the chances for successful transition in areas that have undergone substantial political transformation.

Key words: Institutions, behavioral patterns, law and economics.

Clasificación JEL: K00, B52.

(*) Professor of Economics at the University of Turin, Director of ICER and Fellow at the «Collegio Carlo Alberto Foundation». I am very grateful to Simon Teitel for his useful comments on a preliminary draft of this work. Previous versions of this paper were presented at the New York Law School's Center for International Law and at the Prague Conference on Political Economy.

I.
ORTHODOX LAW AND ECONOMICS
AND ITS INADEQUACIES

Most economists outside the neoclassical tradition have always been aware of the importance of the interaction between legal structures and economic behavior (Sima, 2004). Consensus has further widened during the last decade, as an increasingly large number of mainstream scholars have recognized the need to take rule-making into account, either as a component of their models or as a constraint to be dealt with before models are designed and/or tested. In the end, two different approaches have emerged within the realm of economic analysis. One has tended to explain individual behavior as the result of the existing rules of the game or as the effort to alter or preserve such rules, following personal or group interests. The other has emphasized the study of the mechanisms through which given sets of formal and informal rules — traditions, conventions, norms, laws — affect transactions costs, and thus enhance or stifle desirable cooperation among individuals. The former is known as institutional economics, the latter as ‘law and economics’ (L&E)¹.

Surely, the border between institutional economics and L&E is not always clear-cut, and one might rightly argue that the rules according to which individuals behave are themselves the result of human action. Still, since the 1930s institutional economics and L&E have developed along somewhat

¹ The legal tradition tends to emphasize other aspects, such as the consequences of judicial decisions with respect to efficiency and fairness. Put differently, whereas economists view law and economics as a means to understand people’s behavior, lawyers are inclined to consider this discipline as a tool that enables them to better appreciate the meaning and consequences of law making. See in particular Medema (2005) for an in-depth discussion on the economic and legal approaches, which also reflects the debate between the old and the new L&E schools.

independent tracks. Institutional economics has emphasized the economics of culture and of rent seeking. It has generated important descriptive and explanatory results, but rather modest normative recipes.

On the other hand, L&E has often taken the nature and goals of economic activity for granted; and focused on how to achieve such goals by defining and managing property rights. Its normative implications have been of consequence, even if at odds with the praxeological foundations of a free-market system². In fact, traditional L&E owes much of its success to its rigorous explanations of bad economic performance, even when apparently good textbooks recipes are applied. In particular, the L&E solution tends to be presented as a package shaped around three pillars. First, success obtains only when the rule-of-law is enforced by a group of Hayekian legislators³ supported by an efficient and committed state bureaucracy. Second, independent and omniscient judiciary bodies are to watch over and solve alleged market failures⁴, possibly through a number of state organizations reproduced after neoclassical blueprints. Finally, the L&E approach would offer valuable guidelines to modify property-right assignments,

² See Block (1977) for the ‘immoral implications Demsetz draws from Coases’s view of property’. Indeed, the recent constructivist developments in L&E have frequently departed from the principles of its forerunners, who were closer to the late nineteenth-century and early twentieth-century reactions to legal formalism (Medema 2005).

³ Following Hayek (1960), a fair political system attributes a large role to state action, which protects individual freedom, but also provides for a large number of goods and services. Legal scholars and/or philosophical scientists would take care of law making, so as to evaluate and restrain abuses by the state and monitor infringements on individual liberty.

⁴ As argued in Nicita and Pagano (2007), the mainstream ‘approach had an un-Coasean flavour. The Nirvana hypothesis had not been removed, but simply shifted from market to judges and this contradicted the Coasean insight that all institutions were costly and no institutional Nirvana existed’. This applies to Posner, who undertakes to maximize social wealth — whatever that means; and to Demsetz, who aims at minimizing transactions costs.

either according to Chicago-style criteria, so as to approximate the outcome one would have observed in a world with zero transactions costs; or to Yale-style principles, whereby some notion of social fairness is also complied with.

Not surprisingly, L&E became a much welcome complement to mainstream normative economics. It took care of transactions costs, a well-known soft spot of orthodox textbooks dealing with policy-making. At the same time, it suited the understandable desire to shape an ideal situation where income growth was assured by well-regulated market transactions. Thus, it encouraged much of the profession to believe in the inevitability of growth and development for those countries equipped with the rules and agencies suitable to attract new and significant amounts of fixed capital and to absorb outside technologies.

A substantial body of literature has now emphasized that the traditional L&E recipe suffers from a number of important weaknesses. From a methodological viewpoint, it relies heavily on the (im)possibility of assessing and measuring individual preferences, without which modifying property rights would make little sense. Furthermore, it assumes that suitable contracts always take place and that when they don't, exceedingly high transactions costs are the explanation. Indeed, there is plenty of evidence that this hypothesis is far stretched. On the one hand the preferences of the potential sellers often differ from those of the potential buyers⁵. On the other it tends to belittle the most important transactions costs, which consists of a biased and inefficient judiciary system (Opper, 2005): training the judges

⁵ See for instance Block (1977). That also applies to goods that do not generate immediate streams of utility. The economic literature has frequently referred to the fact that agents often choose different means to pursue the same ends as a proof of 'irrationality'. More aptly, Nussbaum (1997) has pointed out that these puzzles are generated by the poor mainstream definition of individual preferences, which omits to mention emotional components.

may help, but is only part of the solution. From a substantive viewpoint, by applying L&E procedures the judge or the legislator can merely replace the agents' preferences with his own assessment of their preferences. Or disregard their preferences altogether and replace them with his own, which are necessarily arbitrary, even when the legislators' personal or group interests are heroically assumed away⁶.

Either way, in this context the foundations of the judge's action do not seem beyond dispute. The moral ground that justifies the overruling of individual preferences is shaky, for it is hard to conceive an acceptable criterion through which preferences can be ranked across individuals. In addition, lawmakers hardly ever operate in a vacuum when they define and assign property rights. Should goods be available because nobody previously thought they were of any use, then the rule of the first occupant/user applies. Neither L&E prescriptions, nor judges have much to add. On the other hand, goods that cannot be accessed or used without aggressing a counterpart reflect a situation where somebody else *de facto* owns them. Hence, all normative prescriptions designed to enhance an optimal allocation of rights — whatever that may mean — are in fact a violation of property rights, unless such prescriptions replicate the outcome of the existing contractual agreements⁷.

⁶ See for instance Bernstein (2005, pp. 109-112).

⁷ Parisi and Klick (2003) make the case for a functionalist version of law and economics. They attempt to reconcile L&E with a free-market perspective by recommending general rules so as 'to induce individuals to internalize the effects of their private activities, as well as [...] to reveal their true preferences in situations where collective decisions must be made' (p.2).

II. THE BEHAVIORAL ALTERNATIVE

The behavioral approach offers a different perspective on norms and economic action by focusing on individual choices, rather than outcomes⁸. As a consequence, it avoids all assumptions about rationality, a crucial weakness of the neoclassical vision of law and economics. Instead, it takes into account 'bounded rationality, bounded willpower and bounded self-interest' (Jolls, Sunstein and Thaler 1998, p.1476) and acknowledges that altruism, Mandevillian sociability, envy and fairness, pride, also characterize individuals' preferences. Thus, decision-making routines serve the purpose of reducing information costs, uncertainty and thinking time. Put differently, behavioral law and economics does not aim at producing rules and legitimizing assignments or procedures that lead to some kind of efficiency determined in terms of income streams. Rather, it insists on formulating rules that are desirable because they stem from evolution by natural selection (Jones, 2000)⁹, are consistent with the shared values of a community and allow for differences in personal ethical standards. Of course, this begs two important questions.

First, one should identify the role of the individual with respect to the community. For instance, in a free society the

⁸ The functional approach also claims to be concerned with efficient procedures, rather than outcomes. This claim is not fully persuasive, though. In fact, two possibilities may occur. Either the quality of a procedure is assessed according to the features of the outcome it leads to. If so, the emphasis on procedures is fictitious and the difference between the orthodox and the functional view becomes rather thin. Or the quality of the procedure is judged according to the institutional environment within which individuals choose. If so, functional Law and Economics would be the normative side of the new institutional economics.

⁹ Of course, 'This is not at all the same thing as claiming (as some critics incorrectly presume that those who invoke biology automatically claim) that all biological predispositions are fortunate, simply because they have evolved'. (Jones 2000, p. 2088).

individual has a right to exemptions whenever a rule interferes with his/her personal liberty (the freedom from coercion). But in most social frameworks the rules of the game are different from those of a free society, and one has to assess when opting out is permitted. Second, people's preferences often display changes in needs and perceptions, which are sometimes described as behavioral inconsistencies and possibly lead to extreme conclusions: Either rules are changed and re-assessed on a daily basis in order to take into account all these changes; or rules are just a short list of principles, broad enough not to be changed for long periods of time and precise enough not to allow those in charge of enforcing them to exercise any discretionary power¹⁰.

III. THE PURPOSE OF LAW AND ECONOMICS REASSESSED

The contrast between the orthodox and the behavioral approaches is surely important from a positive standpoint, since it highlights the need to take into account 'irrational human behavior' when trying to understand social phenomena. Of course, that also affects the evaluation of rules, since the way people react to the incentive systems defined by rules depends on the features of each individual.

Put differently, mainstream L&E starts out by defining a measurable goal (achieving allocation efficiency, minimizing criminal behavior, attaining fair distribution of income) and analyses the most suitable way to modify and enforce either property rights or rules in order to obtain predefined objectives.

¹⁰ That might contribute to explaining why bad legislation abounds in societies that do not operate according to natural law, but to a historicist approach. Politicians necessarily follow the whims of the public they represent. And they also take advantage of short-lived emotions to advance rent-seekers' interests.

Not surprisingly, preferences and persistent behaviour are considered as one (Stigler and Becker, 1977): that is, preferences are assumed to be constant and human behaviour to reflect the most efficient way to satisfy given and stable preferences. In the end policy action is justified as long as it reduces alleged market failures. Preferences can actually be ignored altogether (Stigler and Becker 1977), for apparent differences are just the product of different incentive systems, which in turn are determined by property rights and transaction costs¹¹.

On the other hand, the behavioural perspective relies heavily on evolutionary psychology, which suggests a much more cautious view towards policy-making and the evaluation of results. It claims that behavioral routines follow from psychological patterns that evolve through century-long experiences and trial and error processes. Contrary to the standard L&E view, patterns are not constant and routines do not depend on transaction costs only. Instead, the origin of their differences is historical (culture)¹², rather than technocratic. More precisely, individuals are not machines that come to life and follow their pre-programmed instructions in spite of the environmental conditions, as most cognitive psychologists tend to assume. Nor are they blocs of clay moulded by the external conditions, as the radical-behavioural school would argue. Instead, according to the evolutionary approach, human behaviour is the outcome of a lengthy process of adaptation, a frame of mind that turned out to be suitable to solve or avoid a problem. The analysis of the interaction between the way we are and the stimuli we are

¹¹ Hence, the ethics of policy making orbits about the dynamics of transaction costs. The way to historicism is wide-open once again.

¹² See for instance Hofstede (1991 [2003]), who classifies different cultural patterns according to four parameters and provides empirical evidence. Quite rightly, Hofstede makes a distinction between culture (also defined as the software of the mind), which is acquired in early age; and human nature, which is genetically inherited. This article refers to both at the same time by referring to «psychologically patterns», which therefore include both inherited traits and young-age learning.

exposed to is thus key to understanding human action and society (see for instance Buss 2004). When mutually compatible, routines consolidate in social norms, informal rules. Indeed, social interaction is framed by such informal norms (Ellickson 1991). Formal rules are necessary only when informal conventions are misunderstood, or when they break down; and when the system of sanctions typical of the informal code turns out to be inadequate. As a result, three sets of arguments are put forward from a behavioral standpoint.

First, law-making should be restricted to filling the gaps of spontaneous social interaction. For instance, that applies to the definition of sanctions, especially when transactions involve agents who do not belong to the same (relatively small) community. Or to default rules when the interpretation of the contractual agreement turns out to be questionable, especially in cases where the pertinent informal rule is far from certain or consolidated in common use. This was indeed the historical role of Common Law, as argued in Zywicki (2003, p.1622). Second, law-making could be welcome in the presence of imperfect behavioral updating. As already observed by Hayek (1960 [1978, p.286] and 1973 [1983, pp.88-89]) when advocating active rule-making, behavioral patterns evolve gradually, definitely slower than the environment within which individuals operate, both from a technological and an institutional viewpoint¹³. As a consequence, routines might become outdated quickly. The actions that follow from such obsolete routines may no longer be appropriate to meet current preferences. If so, law-making could then anticipate behavioral evolution, provided — surely a strong assumption — that the law-makers are equipped with prophetic abilities or characterized by

¹³ Globalization is a prime example in this context, as it includes a dramatic fall in transportation and communication costs, as well as in tariff and non-tariff barriers.

relatively fast evolutionary patterns that are known to anticipate general behavior. Finally, there remains room for legal innovation, too. New routines do not necessarily come to the surface by chance. And they are all the time enhanced by new ideas, proposals, contractual varieties. Thus, experimental law-making should be prominent and always allow for some kind of opting-out, so that (natural) selection one of the pillars of the evolutionary approach can take place.

All that of course assumes that policy-making is indeed legitimate. That is not warranted, though. For the behavioral standpoint shows that if one accepts that formal norms must serve social interaction, and that the individuals belong to a society for geo-political reasons¹⁴, other questions deserve to be answered even before policies become an option. As global interaction intensifies and local communities grow to be increasingly porous — possibly falling apart altogether it becomes rather difficult to maintain that a group of individuals share the same objectives or the same psychological patterns just because they share the same capital city. Put differently, it might not be easy to define social objectives or social behavior. Still, they are the very notions that L&E should address¹⁵.

¹⁴ In this case the notion of a 'society' coincides with that of a 'country'. This is the area where a formal institutional framework (a set codified of laws) applies.

¹⁵ The logical problem can be presented as follows. Small communities with strict internal behavioral codes may be thought to represent an ideal society for the purpose of law and economics: shared objectives and shared behavioral evolution. But at the same time they present little scope for any L&E intervention, since within this framework informal rules would prevail and actually satisfy all the normative needs. On the other hand, in larger and more open societies coordination problems may be more serious and difficult to solve. Then, the very notion of society loses its original meaning. As a consequence coercive interference loses legitimacy, too.

IV.
FROM LAW AND ECONOMICS TO DEVELOPMENT
AND TRANSITION

In the previous paragraphs it has been claimed that L&E offers rather questionable guidelines for policy-making. By and large the argument is negative, i.e. normative action would violate individual preferences and be arbitrary. In the end it reveals teleological ambitions without sound criteria to single out an objective. The practical consequences can be detected in the so-called transition and developing countries, where the old norms have broken down or are deemed less than appropriate, and new norms seem to be in demand.

If culture matters and violent shocks like wars or revolutions are ignored, rules usually change over long periods of time — they are indeed evolutionary phenomena that follow a process similar to natural selection. New rules of the game will come to the surface gradually, as the old ones become obsolete. Surely, from a cultural viewpoint there is little or no need for L&E intervention. In other cases, however, change is rapid, for instance when the old formal rules are invalidated in the aftermath of a political crisis — say, when a dictator loses power or a regime collapses. Even in this case, however, L&E can be disappointing, for one can hardly know where a society is heading or, more aptly, which new behavioral routines are going to replace the old ones. For sure, and contrary to much policy advice coming from all directions, if one believes that psychological patterns are a cumulative process whereby today's blueprints are somehow dependent on yesterday's guidelines, developing and transition societies will never reproduce the Western model, unless in the very long run and under rather restrictive hypotheses. At most one can hope that foreign institutions be imported, modified, adapted and harmonized with the existing rules of the game: outright

substitution would be a recipe for failure (Sachs et al., 2000; Berkowitz et al., 2003).

There are even reasons to believe that in some cases transition and development processes should be left in the hands of at least some among those who operated the old system. This applies when the old system has been in place long enough to generate behavioral routines that have been absorbed into psychological patterns, thereby leading to path-dependence and inertia¹⁶. Under such circumstances, the existing psychological patterns do not necessarily disappear overnight when the old political system breaks down. On the contrary, they often remain in place and change very slowly through repeated interaction, towards good or bad outcomes. If so, the new routines to be enforced are successful only if they can build on the incumbent psychological patterns.

In practice, it is here argued that the pace of evolution can accelerate and be consciously driven towards given goals only if the authorities can provide credible commitments based on their understanding and personal records of social interaction and can offer expected responses to people's actions. Agents that operate in a new political context are encouraged to be consistent and consolidate new psychological patterns only if they know who their counterparts are, are familiar with their conduct and know that their counterparts know them.

On the contrary, top-down institution building can certainly lead to radical changes in behavioral routines. But it hardly modifies psychological patterns. Different outcomes can materialize, as will be discussed more carefully later. It is however already clear that from this perspective even the ideal

¹⁶ One may thus imagine to classify transition/developing economies according to the combination of their behavioral routines and their psychological patterns. The outcome of these combinations determines their chances to obtain fast institutional change. This approach may indeed explain the different reactions to political change in various parts of the developing world.

textbook situation is intrinsically inconsistent and bound to fail. For when allegedly-efficient assignments of property rights break down current behavioral routines, they destroy the potential reference points for the evolving psychological patterns. As a consequence, either the old patterns are strengthened for lack of affordable substitute compass reading; and new routines develop as a compromise between the efficient rules and the 'inefficient' patterns. Or the allegedly efficient new routines are ignored altogether and the existing behavioral practices are left intact (Rapaczynski, 1996). This may help understand why the same L&E prescription were expected to generate similar results and in fact gave origin to all sorts of different responses.

V.

THE INSTITUTIONAL ALTERNATIVES

The above also applies to the normative legacy of the (new) institutional economics, which maintains that institution building is a necessary requirement for successful economic performance, but neglects to emphasize that it has never been sufficient: In some cases the incumbent elites successfully resist pressure to reshape the institutional context, least they might lose their privileges and control of power. In other cases the new rules and agencies are misused or simply disregarded. For instance, substantial parts of the former Soviet bloc and of Sub-Saharan Africa abound with brand new Stock Exchanges with little or no stocks to trade.

Although the lesson has not been yet been learnt in full — several national and international agencies keep insisting on top-down institutional design and building less technocratic approaches have recently been re-examined in a more favorable light. The basic ideas have been borrowed from the old institutional school (OIE). In particular, social interaction is

now understood to be the result of extended trial-and-error processes through which individuals learn how to improve their well being. Similarly, it is acknowledged that change does take place following environmental and technological conditions. But it is equally recognized that it is slow and based upon past experience, the teachings of which are absorbed gradually, as the new behavioural routines turn out to be preferable to the old ones and create novel modes of interaction.

This approach to slow evolution has emphasised the need for consistency between codified and implicit norms, i.e. formal and informal rules, according to the current terminology (North 1990; Pejovich 1999). Ideally, formal rules should be shaped and dictated by informal rules, which serve the purpose of enhancing information and reducing transactions costs generated by cheating, opportunism and the need for *ex post* evaluation. When this does not happen, tensions create room for discretionary power by lawmakers and law enforcers, raise the transactions costs for the agents, lead to problems of credibility and thus reliability of the exchange system and eventually to poor economic performance.

One may thus conclude with the (old) institutional view that an acceptable legal structure must be consistent with the cultural background of a society. In particular, the less evident the cultural traits of a community, the less binding the rules should be and substantial opting-out possibilities should be available. For instance, contract law (including the system of sanctions regarding breach of contract) should then be subject to competitive judiciary systems, whereas torts and criminal law should be subject to path dependence (precedent).

VI.
TOWARDS AN ENRICHED
CULTURAL APPROACH

The Old Institutional approach¹⁷ is of course convincing, in that it is difficult to claim that rules should go against shared moral standards filtered through decades if not centuries of social interactions. Even when behavior does not seem to generate satisfactory performances, efficiency per se provides little legitimacy to violate individual freedom and force agents to accept other behavioral patterns. Following Leoni (1961 [1991]), law-making — changing the way human beings behave towards desirable patterns — should then be replaced by efforts to find out how people intend to behave (law as a discovery process). Hence the role attributed by natural-rights scholars to information, trial and error processes, history, traditions.

Still, the problem with the old institutional economics is that it is a description, rather than an explanation of human behavior. At best it depicts how behavior evolves when existing routines are confronted with new technological opportunities or new historical contexts, whereby path dependence (inertia) breaks down and new ways to interact appear possibly new organizations, too. In particular, two processes can be observed. Either the new cultural pattern is molded through a competitive process, so that selection favors the most desirable solutions, i.e. those that enhance exchange and the acquisition of knowledge. Or the old and new rent-seeking groups cooperate and strive to preserve or strengthen their rents. As the literature has emphasized, sometimes the former prevails, sometimes the latter. Much depends on geography, historical accident, ideology.

Put differently, one cannot escape the impression that in the end the explanatory element of the cultural view is either

¹⁷ Unless specified, the terms 'old-institutional' and 'cultural' are considered synonymous.

residual or tautological. For when human behavior is not 'rational' or 'bounded-rational' in the neoclassical sense, then systematic deviations necessarily come from tradition (including prejudice) and personal preferences — i.e. culture broadly speaking¹⁸. Similarly, saying that economic performance is below expectations because desirable institutional frameworks fail to be operational (or don't exist) is equivalent to saying that violence or tensions between formal and informal rules dominate¹⁹. Among other things, this would not be too far away from the argument made within the traditional L&E and the neo-institutional fields, according to which there is a case for advocating more effective law-enforcement and perhaps policies designed to enhance some kind of cultural catch-up. The debate on shock therapy and gradualism in transition countries can actually be framed in these terms, whereby the former view emphasizes credibility, the latter cultural change. In the end what matters are not only the features of the new pattern, but also the capacity to accept and act according to the new patterns. This indeed is the lesson taught by successful slow and fast privatizers in Eastern Europe (quoted in Opper 2005).

However, the picture may acquire a new shape if the notion of culture is analyzed in behavioral terms, that is if one takes into account the fact that individual 'behavior flows from brains that (a) encounter specific environmental stimuli and (b) possess a neural architecture that is as importantly shaped by environments as it is by genes' (Jones and Goldsmith 2005, p. 428). Although still developing²⁰, this conceptual frame shares

¹⁸ Emotions are outside the cultural view, for they are short-lived by definition. When they are systematic, they become part of the culture.

¹⁹ As aired earlier on, these tensions weaken the reliability of the whole rule system, with a negative effect on growth.

²⁰ Once one upholds that emotions, ideologies, external environments dominate behavior, then one needs a theory in order to explain endogenous behavioral patterns. Unfortunately, the behavioral school is still lacking in this respect. A possible alternative is Jacques Lacan's theorizing of irrational behavior (see

the OIE view whereby a society develops and prospers when individual behavioral routines are compatible and to some extent mutually expected, either because agreed upon in advance (say, by means of a contract) or because implicit (shared values, informal rules). But it also adds that the relevant shocks are those experienced when rapid changes in behavior come about, either because psychological patterns evolve quickly, or because those behavioral routines that were imposed on a given psychological pattern are being removed before the underlying patterns undergo significant change. When this occurs, the new behavioral routines develop along with some elements of the superseded routines, and by interacting with the existing patterns.

More generally, a set of shared principles and behavioral routines (tradition and habits) acquire different meanings according to the genetic traits — the psychological patterns — they reflect. For instance, a society where genetic traits have developed as a consequence of the adoption of exogenous behavioral routines for a long enough time is likely to exhibit different features when compared with a society where routines have developed from say spontaneous interaction among free individuals²¹. In this light, the term culture acquires different meanings — depending on whether it reflects behavioral

Schroeder 2000 for a discussion of Lacan's view within law and economics). Lacan's approach is also consistent with the notion of stable tastes put forward by Stigler and Becker (1977). Still, Lacan's vision seems more apt to explain individual reactions to the outside world, rather than the development of what D. North would call 'belief systems'. This is probably due to the fact that in Lacan's world there are no belief systems altogether, but only 'desires' (pursuing a goal such as satisfaction or morality) and 'drives' (hedonism).

²¹ One can oppose the case of France (and large areas of continental Europe) to that of England (and the Anglo Saxon world). In both cases the notion of the nation state developed as from the late 17th century and became an important reference point for the individual. However, in the first case the state was to achieve what the individual could not obtain all alone — including some arbitrary notion of the collective good, be it collective security or aggressive capabilities. Whereas in the second case the state was justified in that it protected individual liberties.

routines or psychological patterns²². In short, the term ‘culture’ lacks power as an operational device. As argued above, the concepts of behavioral routines and psychological patterns seem to be more useful in that they are able to include a wider variety of situations, including those under the remaining headings — non-development, oppression and transition.

VII.

THE EVOLUTIONARY NOTION IN PRACTICE

Once the old institutional view is enriched through the behavioral elements outlined above, economic development can be appreciated in a new light. This paper considers four categories of situations — developed, undeveloped, oppressed and in transition.

Developed countries

A developed country is here defined as one where behavioral routines are consistent with the agents’ psychological patterns (which include preferences as well as spontaneous reaction *vis-à-vis* external stimuli). GDP levels are thus irrelevant. In other words, development obtains when the principles underlying the

²² One of the ambiguities is related to the notion of ‘heterogeneous cultures’, which is widely accepted by anthropologists, but inevitably creates problems to the economists, who tend to refer to culture in order to define a common system of values (or belief systems, as they are sometimes called). From the analytical standpoint suggested here the quandary could be solved by observing that heterogeneity refers to the presence of different psychological patterns, which may nevertheless lead to shared behavioral routines, that is tolerable reactions to given outside stimuli. For instance, most members of a society may not approve cheating, but cheating can still be tolerated if it is widely acknowledged that the victim is unworthy of a better attitude. The fragility of these cultural systems is then explained by the changes in the exogenous incentives, which leave the psychological patterns unchanged, but may modify the routines.

prevailing rules of the game are widely accepted. In developed countries these principles or moral standards are embedded in the observable behavioral routines and there is no need to reach a compromise between morality and psychological patterns. Tensions, if any, concern the intensity and consistency with which such criteria are applied. They inevitably turn out to be a question of too much or too little redistribution.

This has a number of implications worthy of notice. First, in developed economies the role of the distinction between formal and informal rules weakens. Following our definition a developed country can have formal rules that are indeed inconsistent with the informal norms. But the very fact that behavioral routines are well supported by the psychological patterns implies that formal rules are simply ignored and/or considered as an additional transaction cost to reckon with²³. Second, the very notion of informal rules becomes less important, for it can apply to different situations. For instance, informal rules do develop spontaneously as a result of repeated interaction among agents exchanging goods and services and, more generally, acknowledging and enforcing property rights. But they can also come to the surface as a reaction to distorted institutional situations — say, a totalitarian regime and yet run against the current prevailing psychological patterns. That is what happens when we compromise. It then follows that the nature of informal rules does not say much about individuals' preferences and that inconsistencies between formal and informal rules can be ascribed to different categories of situations, depending on whether informal rules are the result of shared behavioral routines or not.

²³ For instance, this applies to countries where the so-called underground economy is a substantial share of production, as in many European regions. As mentioned in the text, a country is developed if there are no tensions between behavioral routines and psychological routines. This does not rule out that formal and informal rule differ. But it rules out that such differences generate serious tensions.

Undeveloped countries

According to our analytical framework, in undeveloped countries psychological patterns are well adapted to the existing behavioral routines. These, however, are less than satisfactory, especially as regards economic performance. Still, under these circumstances individuals are unwilling to introduce new incentive systems or change the traditional response to the existing institutional stimuli. Put differently, the origin of dissatisfaction is not the violation of relative preferences, but simple envy (absolute preferences)²⁴. Thus, in these cases the concept of backwardness involves perception, rather than some measure of the living standard. Agents operating in 'backward societies' do perceive that they are producing well inside the production possibility frontier, but are unwilling to take the necessary steps in the required direction. In other words, the so-called poverty trap stems from inefficient behavioural routines which are however consistent with the software of the mind.

This allows to conclude that backwardness is a relative notion. No undeveloped country would consider itself poor or disgraced unless its residents could compare their living standards with those of other countries²⁵. Should dissatisfaction be an absolute notion, it would be generated by either undesirable behavioral routines, or evolving genetic patterns. If

²⁴ Absolute preferences refer to what people would like to have and with what intensity (e.g. more holidays or a better car). Of course, the intensity of our desires depends on how realistic they are and on how much satisfaction the desired goods and services are expected to provide. Instead, relative preferences are related to choice, i.e. they depend on being aware that choosing to consume one unit of X today implies giving up some amount of Y, today or in the future.

²⁵ This view is confirmed if one compares some rich Western countries in the XIX century with some of today's countries with similar GDP per-capita. GDP per-capita in the Netherlands in 1820 was about 1,550 dollars (at 1990 constant prices). Still the Dutch considered themselves rich, whereas today's Egyptians and Pakistanis (with some 1,900 and 1,650 dollars per head in 1992, respectively) are considered poor.

that were the case, however, the country would fall in the 'oppressed' category, to be explained below.

As regards economic performance, backwardness has no easy solution, for it does not present a real problem to begin with. The consistency between behavioral routines and psychological patterns demonstrates that the existing situation may not be considered attractive by those living in developed societies. Nevertheless, it turns out to be in step with the preferences of most agents living in that (undeveloped) community²⁶. This contributes to explaining the persistence of poverty as well as of actual or potential political instability in undeveloped countries²⁷. But contrary to what is commonly maintained, poverty is generated by the impossibility and even the unsuitability of reforms designed to introduce new behavioral routines.

Oppressed countries

The case examined above contrasts with what is observed in oppressed countries, where behavioural routines are the results of psychological patterns filtered through exogenous constraints.

²⁶ A testable experiment is the observation of migrants to developed countries. Resistance to accept the routines prevailing in the new country reveals unchanging habits, i.e. persisting genetic architecture geared to the rules of the game prevailing in the (backward) country of origin. Then, difficulties in integration and repeated attempts to game the system (possibly through crime) should be correlated with the undeveloped nature of the country of origin.

²⁷ In particular, political instability has two sources. One is related to the exploitation of envy by political competitors. For the reasons explained in the text, incumbent politicians are unlikely to enact policies that make higher living standards possible. If they did, they would be voted out systematically. The lack of action by incumbents combined with envy leads to frequent changes of leadership. On the other hand, incumbents may choose to establish a totalitarian regime, which can survive by creating rent-seeking practices to the benefit of ethnic or family supporters. In turn, the accumulation of substantial rents creates incentives to stage a coup. In this case the regime remains the same (totalitarianism), but the ruling elite is replaced.

Put differently, in this context individuals are prevented from pursuing their own preferences by more or less systematic violations of their freedom. Therefore, they adapt to the external constraints. Adaptation can of course generate different behavioural routines, following the nature of the agents. For instance, some might try to abandon the exploited groups and join or collude with the winning rent-seekers (the 'oppressors'). Others might choose to form new coalitions with the purpose of ousting the incumbents, either to replace them or to carry out deep institutional change²⁸. The majority probably just gives in, and tries to carry out small-scale rent-seeking; or dodge the system by diving into the so-called informal sector; or cheat and take as many free rides as possible.

Not surprisingly, who does what depends on a variety of variables that reflect individual propensities — e.g. risk aversion, entrepreneurial spirits, ambition — rather than moral standards. That explains why in oppressed countries there appear different behavioral routines, even if the formal rules of the game and the psychological patterns are the same²⁹. Clearly, oppressed countries can be high- or low-income economies, depending upon the moment in history when oppression is introduced. They can be growing or stagnating, following how oppression affects entrepreneurship and exchange; and be characterized by both stable and unstable political systems, as a result of the prevailing attitudes, perceptions, ability of the rent-seeking coalitions to secure power through the exercise of violence.

²⁸ The first case is the 'palace coup', not unlike what happens in undeveloped countries. While the latter is a change of regime — say, from dictatorship to democracy.

²⁹ Once again, culture refers to the existence of common psychological patterns. But these may stay alive with — and originate — different behavioral routines, either because of distinct incentives systems (normally across countries), or because of different individual features (personalities).

Transition

Finally, a situation of transition occurs when (i) psychological patterns are no longer consistent with the external environment and (ii) individuals agree on common behavioural routines that either make the existing formal environment irrelevant, or are judged adequate to justify and obtain environmental change. That applies of course to the recent experience of some countries in Central and Eastern Europe, where transition has been considered a desirable phenomenon. But it also pertains to less desirable contexts, such as — for instance — the transition from the Weimar Republic to Nazi Germany. And can also give way to rather confused situations, say when the *ex ante* consensus on the new behavioural routines (e.g. capitalism) turns out to be an exercise in wishful thinking.

VIII.

EXPLANATION AND PREDICTION THROUGH THE EXTENDED INSTITUTIONAL APPROACH. TWO EXAMPLES

Developed economies and the welfare state

A developed country has been defined as one where behavioral routines are consistent with the agents' psychological patterns. There is no 'moral problem'; and dissatisfaction relates more to the distribution of income within the community or the country, rather than to overall income and wealth. In other words, within this context envy targets other individuals within the country, not other systems. Let us now apply this notion to formulate conjectures about the future of state intervention in the EU area.

Mainstream law and economics offers a straightforward solution. As long as it is apparent that the state production of

private goods is inefficient³⁰, state intervention must be reformed following a relatively simple process. Property rights should be transferred to private producers in order to maximize efficiency. Some (regulatory) rights would nevertheless retained by public authorities in order to compensate for the so-called 'market failures'. Further rights to people's income and/or wealth would be handed out to the state authorities in order to enact redistribution and maximize a previously defined social welfare function.

As argued in earlier, the alternative focuses on behavioral routines, which in this case consist of the agents' revealed attitudes towards political and bureaucratic intervention. Although generalizations are always dangerous, an evolutionary approach suggests that state interference is perceived in two different ways. On the one hand there exist developed EU countries — like Denmark or Finland — where the interaction between the state as a producer and a redistributor on the one hand, and the individual on the other, is cooperative rather than conflicting. When this applies, the state is acknowledged to meet the need for collective insurance against — say — illness, unemployment, old age, education. These needs are clearly perceived and widely shared to more or less the same degree by these populations. No value judgment comes into the picture, and the state meets such need as if it were some sort of expansion of what already experienced at a local-community level. Free riding by the consumers (say, unjustified consumption of public health services) or by producers (shirking or corruption by state employees) is minimized by deeply rooted and self-

³⁰ By and large, inefficient production has three different explanations. First, elected politicians and lifetime state employees are only loosely responsible to residual claimants and thus present weaker incentives to perform and satisfy demand. Second, in the public sector the residual claimant is the taxpayer, against whom violence can be applied legally. Finally, state producers can often enhance their market power by restricting entry, so that rents are created and maintained.

reinforcing moral standards³¹, which frequently translate into collective monitoring and lead to moral sanctions (shame) for those who misbehave. Thus, in this category of situations the favorable attitude to the welfare state stems from psychological patterns that originate from the deliberate search for collective solutions to individual problems. They are deeply rooted in collective moral standards: and therefore the ensuing behavioral routines are widely legitimized.

On the other hand, in most other areas of Continental Europe, more or less large groups of citizens might profit from state intervention and welfare-state action³². In all such cases the state is then considered as an opportunity by means of which one can exploit others. And it is therefore welcome. At the same time, however, it is regarded as an intruder and a potential

³¹ Self-reinforcing through state education, which underlines the sense of national belonging and the need to preserve social cohesion at a local and national level.

³² Explaining why this applies in some countries rather than others is beyond the scope of this paper. Three possible avenues of investigation can however be suggested, although none of them will be pursued any further. One regards the role of religious hierarchies. It could be argued that in many European regions religious authorities provided and enforced the behavioral rules that made social interaction possible and sometimes even prosperous. Sanctions were credible, and extended beyond life, if not to eternity. In other areas religious influence was weaker and social interaction had to rely on agree-upon ethical rules monitored by the parties involved and enforced by means of informal rules (including ostracism). When the influence of religion declined, behavioral rules had to be replaced by formal legal arrangements, except for those areas where alternative arrangements were already in place and deeply rooted in individuals. If so, the different psychological approach towards social institutions explains the different way the welfare state is perceived across the various communities.

Other possibilities relate to the way the state is perceived since its role in the so-called Western Civilization began to increase. In many areas the state was the result of foreign occupation or political transformation, as in the case of the French Revolution. In these cases the civil service was considered to be both an intruder and an exploiting agent, either to be resisted or to be fooled; but never to cooperate with. Other circumstances led to a growth of the state as a consequence of conflict, whereby the state rapidly increased in size during wartime, but failed to go back to its previous dimensions afterwards. Once a gain, it emerged as a top-down process often times driven by selected interest groups.

threat to one's own well-being. As a result, in these countries the attitude towards the state depends on whether one considers himself a winner or a loser — or both at the same time — within the rent-seeking game. Surely, hardly anybody would regard it as an instrument of cooperation in order to attain shared goals.

If the above holds true one may then conclude that the welfare state is a component of a developed economy in a rather limited number of cases. In the majority of situations its presence reveals a status of backwardness, whereby behavioral routines are consistent with psychological patterns, but individual are nevertheless dissatisfied about the outcome. Paradoxically, the inefficient welfare state has little legitimacy, but it is nevertheless accepted, and sometimes actively supported. Indeed, the incentives to reform it are limited. As a result, many so-called advanced countries would be trapped in a state of backwardness featuring a welfare state that is going to be contained for budgetary reasons, but not reduced. Indeed, they would belong to the undeveloped bloc, following our categories.

Surely, there would be little to do, other than identifying those areas of state intervention that might be outside the prevailing patterns, recommend reform so as to reduce abuses, suggest amendments that allow minorities to opt out of tax-financed programs of government-produced services, or to choose with their feet and migrate towards existing or newly-created institutional systems that are consistent with psychological patterns usually disregarded in larger jurisdictions. On a grander scale, one could try to alter the prevailing psychological routines. That is where the battle for ideologies plays a key role and what motivates — for instance — think tanks.

Institution building after communism

The downfall of communism in Central and Eastern Europe has tempted neoclassical scholars of all trades by giving them the illusion of accessing a green field context where the best possible social rules could be exported and effectively enforced³³. There was a question of timing, which led to the debate between shock therapy and gradualism. And there was a question of substance, which mainstream L&E solved by offering instructions to create and assign property rights, subject to efficient regulation and a vaguely-defined welfare state — the latter being partially justified by the need to buy consensus from those expected to favor or regret the old regime.

These pages emphasize the need to focus on the nature of the post-Soviet economies before getting dragged into fine-tuning debates. In particular, it should be observed that some of these countries came from a condition of oppression that evolved into transition as soon as the dictatorship collapsed. Whereas others seemed to feature a condition of backwardness, rather than of transition. If so, the end of communism in the latter group of economies had very little impact on the behavioural routines — including those relevant for economic performance. In these (backward) countries the behavioral routines observed under communism were indeed consistent with the underlying psychological patterns. Individuals were not particularly happy with their own state of affairs. But they had adapted to the existing institutional context, had accepted the operating property-right distribution and were willing to play games with the system in order to maximize their perceived

³³ Social scientists frequently devote their skills to such exercises. In recent times constitutional scholars have been drafting perfect rules for countless African and Latin American countries, following the example of Rousseau on Corsica. With very few exceptions, their lack of knowledge about the countries and populations involved never seemed to be a strong enough reason for restraint.

rents and thus their welfare. In short, their psychological patterns were structured on systematic rent-seeking and refusal of responsibility. Their behavioural routines reflected this broad attitude. Different rules of the game were not only rejected, but hardly conceived.

One suspects that in these cases efforts to introduce capitalism were and are bound to fail, for all the rules that characterise a free-market system are likely to be shaped or turned into rent-seeking and rent-sharing opportunities. For example, reputation did matter in the pre-1989 world. But within a competitive system reputation is upheld *erga omnes*, both inside the outside the group. Instead, within communism interaction is mainly among groups and coalitions, so that reputation matters only within the coalition or when one acts on behalf of the coalition. That explains why the change of political regime hardly mattered (and matters). The state remains a counterpart that provides and enforces privileges in exchange for loyalty and/or bribes. Therefore, there is nothing wrong in playing games with it or cheating. Not suprisingly, new constitutional designs are perceived as the foundation of new sets of privileges, rather than as a guardian of the rule of law, competition, individual responsibility. According to Sachs et al. (2000), this is indeed what happened in Russia — but not in China or Vietnam — when capitalism was introduced.

Nevertheless, there is still hope for post-communist prosperity in undeveloped countries. Whereas totalitarian regimes made it relatively difficult for residents to interact with foreigners, post-Soviet political systems (and communication technology) are relatively open and allow contacts with individuals featuring different psychological patterns, whose behavioural routines are not only sustainable, but also more attractive. Imitation follows and may engender new psychological routines that eventually conflict and/or accelerate behavioural change on a grand scale. When that happens, transition takes off.

On the other hand, it is here claimed that in those economies that are today regarded as more or less successful transition countries — among which the Baltic republics, Hungary, Slovenia, Poland — individuals during the communist period succeeded in preserving their original patterns. Between the late 1940s and 1989 people adapted to the new political circumstances (oppression) and therefore changed their behavioral routines. But did not find it difficult to revert to more congenial blueprints once communism collapsed. For instance, and contrary to what experienced elsewhere, gaming the communist state yesterday was not the same as cheating the state today. Bribing was once admitted to make oppression bearable; but less so today, when political oppression has been removed.

Of course, this does not necessarily imply that in transition countries individuals are systematically devoted to free-market principles. Indeed, rent-seeking is even openly justified on the basis of nationalistic ideology, much as in the XIXth and XXth centuries. The notion of self-responsibility is also ambiguous and closer to the western-European versions of socialism, rather than to the Anglo-American ideal of freedom. That may shed light on why countries that performed more or less the same under communism — say, Bulgaria and Poland, or Belarus and Estonia, respectively — have been doing very differently in the post-communist period. And also makes it easier to predict the future of the transition countries properly defined, which at the beginning is likely to be consistent with the prevailing psychological patterns transmitted through — and inherited from — the communist period. In particular, these countries may be expected to be heading towards some sort of quasi-liberal society, where various ideologies — be it nationalism, national cohesion or solidarity — persist and justify rents, infringements upon property rights. Growth will remain disappointing, though — at least for a while. But the rise in incomes is likely to gain momentum in the future, as long as the new generations adapt

the old routines to the new circumstances and are not enticed by the ethics and the illusions of the European superstate that currently seems to seduce so many Westerners.

IX. CONCLUDING REMARKS

The undisputed early success of traditional law and economics has several origins. Economists were happy since the various versions of the L&E approach put forward apparently satisfactory explanations to poor economic performance, thereby complementing the contributions offered by the (new) institutional scholars. At the same time, it contributed to filling some of the gaps left open by neoclassical analysis — the role of transactions costs and property-rights allocation and seemed to elaborate an easy way around individual preferences. Law scholars were also happy, since L&E promised to draw a clear-cut divide between economic performance and a Rawlsian notion of justice; and at the same time allowed to attain efficient solutions without giving up fairness (compensation would do the trick).

Nevertheless, recent contributions have convincingly argued that the economic ground on which orthodox L&E is built is fragile. Surely, the explanatory power of this new branch of the social sciences remains considerable. Property-right assignments and violations have important economic consequences on human behaviour. But that does not necessarily justify regulatory or teleological policies.

This article has maintained that evolutionary psychology can further enhance the explanatory power of the L&E approach by giving operational content to the obvious fact that human beings do not behave like robots. And that their way of thinking plays a crucial role in order to understand behaviour, both individually and collectively. Indeed, human actions reflect not only cost-benefit analyses based on monetary flows, but also

ideology, emotions and the external stimuli people are confronted with. Hence, 'good law-making' might not always lead to the expected outcome, unless the interaction between the software of the mind and the outside stimuli are properly understood. Thus, problem-solving is no longer a matter of efficiency and optimization, but rather of adaptation.

From an institutional standpoint the evolutionary vision further suggests that there is no such thing as a desirable set of rules (a constitution). The very scope for developing some sort of public-choice-based dynamics of organizations and coalitions seems to be weakened, too³⁴; and replaced by the need to develop a theory of interaction between psychological patterns and behavioural routines induced by external constraints that may or may not be accompanied by specific ideologies, belief systems³⁵. A potential example is provided by the European Union, a bureaucratic superstate that nevertheless embodies symbols and myths that seem to provide a much longed-for reply to the sense of dissatisfaction felt by many Europeans. In this case predicting the future of the EU institutions requires an understanding of what should be done for the EU to fulfil people's expectations and to what extent and how fast the bureaucratic superstate can alter people's way of thinking, so that they might accept from a federal government a degree of dirigisme which would have been unacceptable at a local level.

³⁴ At most, there is room for a theory of political dynamics regarding — say — the nature and evolution of democratic or totalitarian regimes, especially in the presence of tensions between psychological patterns and behavioral routines. And there is also room for studying the dynamics of successful rules — i.e. those that reflect shared behavioral patterns. The ultimate goal is of course to shed light on the agents' way of thinking, the mechanisms that shape the legitimacy of a rule and the acceptance of a norm.

³⁵ Once again, it may be worth reminding that the evolutionary approach may yield different results when applied to culture and to psychological patterns. For cultural traits may change relatively rapidly as a consequence of external constraints. Behavioral routines will reflect these phenomena.

The above does not rule out top-down constitutional engineering and Chicago-style assignments of property rights altogether. Rather, these solutions become a particular case of a general L&E approach, and apply when the current psychological patterns originate relatively weak spontaneous behavioural routines for lack of references to pre-existing neural frames³⁶.

By applying this conceptual framework to the analysis of post-communist countries it has been observed that most post-communist reformers, including several international agencies, assumed (i) that capitalism would have been built on barren and thus highly receptive ground, and (ii) that free-market reforms were meeting the preferences of most individuals in post-communist countries. It has been argued that those observers were wrong on both accounts. That explains why the assignment of new property rights combined with the creation of a modern legal system — generally dubbed as ‘rule of law’ made sure that post-communist policy-making ended up in a wide range of different outcomes.

In the end, there seem to exist strong reasons to maintain that ‘decision makers should allow free choice of law, as in allowing arbitration in contracts’ (Rubin 2005)³⁷. The state would not necessarily disappear, but finds its legitimacy in some kind of contract, to which individuals are subject only if they have explicitly accepted it, or at least not opted out of.

³⁶ This follows from the Law of Law’s Leverage (Jones 2000, p.2101), whereby rule making is more likely to bring forth expected rational responses, the less the human mind is conditioned by previous experiences or by emotions related to previous experiences.

³⁷ History shows that efficient legal systems are not the outcome of scholarly design, but of competition among legal systems. Indeed, too much faith in scholarly or judiciary design ultimately favors rent-seeking (Zywicki, 2003).

REFERENCES

- BERKOWITZ, Daniel, Katharina PISTOR, Jean-François RICHARD (2003), 'Economic development, legality, and the transplant effect', *European Economic Review*, 47, pp. 163-195.
- BERNSTEIN, Anita (2005), 'Whatever happened to law and economics?', *Maryland Law Review*, 64 (101), pp. 101-133.
- BLOCK, Walter (1977), 'Coase and Demsetz on private property rights', *Journal of Libertarian Studies*, 1 (2), pp. 111-115.
- BUSS, David (2004), *Evolutionary Psychology*, Boston: Pearson Education.
- ELICKSON, Robert C. (1991), *Order without Law: How Neighbours Settle Disputes*, Cambridge: Harvard University Press.
- HAYEK, Friedrich A. (1960), *The Constitution of Liberty*, Chicago: The University of Chicago Press, reprinted in 1978 (paperback edition).
- (1973), *Law Legislation and Liberty – Rules and Order*, Chicago: The University of Chicago Press, reprinted in 1983 (paperback edition).
- HOFSTEDE, Geert (1991), *Cultures and Organizations*, London: McGraw-Hill International [reprinted in 2003 in London: Profile Books].
- JOLLS, Christine, Cass SUNSTEIN, Richard THALER (1998), 'A behavioral approach to law and economics', *Stanford Law Review*, 50, May, pp. 1471-1550.
- JONES, Owen (2000), 'On the nature of norms: biology, morality and the disruption of order', *Michigan Law Review*, 98, May, pp. 2072-2103.
- JONES, Owen, Timothy GOLDSMITH (2005), 'Law and behavioural biology', *Columbia Law Review*, 105, March, pp. 405-502.
- LEONI, Bruno (1961), *Freedom and the Law*, Princeton: D. van Norstrand Co. [reprinted in 1991, Indianapolis: Liberty Fund].

- MEDEMA, Steven (2005), 'Chicago Law and Economics', in Ross Emmett (ed.), *The Elgar Companion to the Chicago School*, Cheltenham: Edward Elgar (forthcoming).
- NICITA, Antonio, Ugo PAGANO (2007), 'Law and Economics in retrospect', in E. Brousseau and J.-M. Glachant (eds.), *New Institutional Economics, a Textbook*, Cambridge: Cambridge University Press (forthcoming).
- NORTH, Douglass (1990), *Institutions, Institutional Change, and Economic Performance*, Cambridge: Cambridge University Press.
- NUSSBAUM, Martha (1997), 'Flawed foundations: the philosophical critique of (a particular type of) economics', *University of Chicago Law Review*, 64, pp. 1197-1214.
- OPPER, Sonja (2005), «New institutional economics and its application on transition and developing economies', in E. Brousseau and J.-M. Glachant (eds.), *New Institutional Economics, a Textbook*, Cambridge: Cambridge University Press, forthcoming.
- PARISI, Francesco, Jonathan KLICK (2003), 'Functional Law and Economics: the search for value-neutral principles of lawmaking', *Law and Economics Working Paper Series*, 03-39, George Mason University.
- PEJOVICH, Steve (1999), «The effects of the interaction of formal and informal institutions on social stability and economic development», *Journal of Markets and Morality*, 2, 2, pp. 164-181.
- RAPACZYNSKI, Andrzej (1996), «The roles of the state and the market in establishing property rights», *Journal of Economic Perspectives*, 10(2), Spring, pp. 87-103.
- RUBIN, Paul H. (2005), 'Legal systems as frameworks for market exchanges', in Claude Ménard and Mary Shirley (eds.), *Handbook of New Institutional Economics*, Dordrecht: Springer, pp. 205-228.

- SACHS, Jeffrey, Wing THYE WOO, Xiaokai YANG (2000), «Economic reforms and constitutional transition», *Social Science Research Network Electronic Paper Collection*, October.
- SCHROEDER, Jeanne L. (2000), 'Rationality in law and economics scholarship', *Oregon Law Review*, 79 (spring), pp. 147-252.
- SIMA, Josef (2004), «Praxeology as Law & Economics», *Journal of Libertarian Studies*, 18 (2), Spring, pp. 73-89.
- STIGLER, George and Gary BECKER (1977), 'De Gustibus non est disputandum', *American Economic Review*, 67 (2), March, pp. 76-90.
- ZYWICKI, Todd J. (2003), 'The rise and fall of efficacy in the Common Law: a supply-side analysis', *Northwestern University Law Review*, 97 (4), pp. 1551-1633.

EL MONOPOLIO DE LAS IDEAS: CONTRA LA PROPIEDAD INTELLECTUAL*

ALBERT ESPLUGAS**

Resumen: En este trabajo se presenta una crítica a la propiedad intelectual desde una perspectiva ética y económica. Tras caracterizar las patentes y los *copyrights* como monopolios sobre ideas, se arguye que la propiedad intelectual viola el derecho de propiedad privada en su sentido tradicional y crea una escasez artificial en lugar de fundarse sobre la escasez. Se cuestiona, asimismo, que la propiedad intelectual suponga un incentivo a la creación, estudiando los distintos costes de una regulación de este tipo. Por último se mencionan varias alternativas de mercado para hacer frente a los problemas de *free-riding*.

Palabras clave: propiedad intelectual, patentes, *copyrights*, propiedad privada, escasez, bien público, incentivos a la innovación, mercado.

Abstract: This paper presents a critique of intellectual property from an ethical and economical point of view. Once patents and copyrights are characterized as a monopolies of ideas, it is argued that intellectual property violates private property rights in its original meaning and it is not based in real scarcity but creates artificial scarcity instead. In addition, the paper challenges intellectual property as an incentive to innovation and studies the several costs of this kind of regulation. Eventually, different market alternatives to tackle the free-riding problem are explored.

Key words: intellectual property, patents, copyrights, private property, scarcity, public good, innovation incentives, market economy.

Clasificación JEL: O310, O320, O340, H410.

(*) Agradezco a Francisco Capella sus comentarios a un primer borrador de este ensayo y a Gabriel Calzada el que me brindara la oportunidad de presentar las ideas contenidas en este trabajo en un coloquio en el Instituto Juan de Mariana. Asimismo quiero agradecer a un evaluador anónimo diversos comentarios y sugerencias que contribuyeron a mejorar el texto original. Cualquier error contenido en éste sólo es atribuible a su autor.

(**) Universidad Pompeu Fabra (Barcelona).

INTRODUCCIÓN

La propiedad intelectual, en su sentido anglosajón, es un término amplio que comprende distintas categorías de derechos legales que se derivan de algún tipo de creatividad intelectual. Más sintéticamente y en otras palabras, la propiedad intelectual es un derecho sobre objetos ideales, intangibles, inmateriales; es un derecho de propiedad sobre ideas¹. La propiedad intelectual nos remite, pues, a conceptos tales como las patentes, los copyrights o derechos de autor, las marcas y los secretos comerciales². De estos dos últimos nos ocuparemos al final por separado, pues creemos que reúnen ciertas características especiales y que merecen un tratamiento específico, de modo que a lo largo de este ensayo el término «propiedad intelectual» aludirá con carácter general a las patentes y a los copyrights, conceptos íntimamente relacionados que serán examinados de forma conjunta³.

En el presente trabajo desarrollaremos una crítica de la propiedad intelectual impugnando tanto sus fundamentos ético-filosóficos como su justificación utilitarista, de índole económica.

En su vertiente ética la crítica tendrá un enfoque consonante con el iusnaturalismo, ley natural o derechos naturales privativos del liberalismo clásico o libertarismo⁴. El centro de nuestra

¹ Kinsella (2001).

² *Ibid.*

³ Cabe puntualizar que «propiedad intelectual» se empleará a lo largo de este escrito en su sentido anglosajón, que como hemos visto engloba distintos conceptos relacionados con la propiedad de las ideas. En España «propiedad intelectual» equivale a «derechos de autor» y se maneja el término «propiedad industrial» para referirse a las patentes y a otros certificados. Aquí nos interesa la propiedad sobre ideas, no únicamente la propiedad sobre una clase (artificialmente aislada) de ideas, motivo por el cual se empleará el término en su sentido más omnicomprendivo. Véase el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes de Invención y Modelos de utilidad.

⁴ Una excelente introducción a la ética liberal puede encontrarse en Rothbard (1973), segundo capítulo. Para un desarrollo exhaustivo de la filosofía política liberal véase Rothbard (1982).

atención será, por tanto, los derechos individuales, la libertad individual, la propiedad como núcleo de una ética acorde con la naturaleza actuante del hombre. Es significativo destacar que acaso las justificaciones éticas más sólidas del concepto de propiedad intelectual provengan también de este campo (o se fundamenten en sus mismos principios), con lo cual el combate dialéctico tendrá lugar con idénticas o similares armas y los contendientes compartirán la causa de una sociedad libre⁵.

En su vertiente económica la crítica cuestionará los alegatos utilitaristas en defensa de la propiedad intelectual, poniendo en duda que los monopolios legales sobre las ideas constituyan un incentivo para la creación y que sin esta suerte de auxilio el progreso se resentiría. Veremos como los beneficios derivados de la propiedad intelectual quizás no son tan voluminosos como sus abogados arguyen, y como por otro lado los costes no tangibles (aquellos que «se deja de ganar») resultan considerables, hasta el punto de que quizás eclipsen los presuntos beneficios tangibles de estas políticas.

⁵ Como apunta Tom Palmer, esto no es extraño, pues son los valedores del libre mercado los más comprometidos con la teoría de los derechos de propiedad y su aplicación. Palmer (1990). Entre los teóricos liberales favorables a la propiedad intelectual cabe destacar a Lysander Spooner, Herbert Spencer, Ayn Rand, Neil Schulman, Andrew Galambos, George Reisman, Milton Friedman, David Kelley o Murray Frank. David Friedman parece justificar también la propiedad intelectual desde postulados utilitaristas. Entre los liberales contrarios a las patentes y a los copyrights destacan Benjamin Tucker, William Legget, Wendy McElroy, Tom Palmer, Roderick Long, Stephan Kinsella, Bowdewijn Bouckaert, Julio Cole o Jesse Walker. Friedrich Hayek pareció mostrarse cuando menos escéptico con respecto a la propiedad intelectual, lo mismo que Thomas Jefferson. El caso de Murray Rothbard es ambivalente, pues aunque se opuso a las patentes sí defendió los derechos reservados del copyright. También Herny George se opuso a las patentes y justificó el copyright. Véase Kinsella (2001) y Cole (2001).

PATENTES Y COPYRIGHTS

Delimitemos, en primer lugar, el concepto de propiedad intelectual: la propiedad intelectual es un derecho sobre objetos ideales, inmateriales, un derecho de propiedad sobre ideas. En lo atinente a las patentes y a los copyrights Julio Cole señala: «*Las patentes y los copyrights son formas de 'propiedad' inmaterial que garantizan a sus poseedores un control exclusivo sobre la producción y venta de un bien específico — un trabajo literario en el caso de los copyrights, una invención o proceso productivo en el caso de las patentes*»⁶. Cole introduce así la distinción primaria entre patentes y copyrights o derechos de autor, que a continuación concretamos:

Las patentes representan derechos de propiedad sobre invenciones; sobre artefactos, dispositivos o procesos que desarrollen una función «útil»⁷. No son patentables las leyes de la naturaleza, los fenómenos naturales o las ideas abstractas, sino la plasmación de ideas en aplicaciones prácticas. La patente confiere al creador-inventor un derecho exclusivo sobre la explotación, el uso y la venta de la invención⁸.

Los copyrights o derechos de autor son derechos de propiedad asignados a los autores de trabajos originales artísticos, literarios o científicos: libros, artículos, películas, composiciones musicales, programas de ordenador etc. Lo mismo que la

⁶ Cole (2001).

⁷ En el ordenamiento jurídico español «[s]on patentables las invenciones nuevas, que impliquen actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial, aun cuando tengan por objeto un producto que esté compuesto o que contenga materia biológica, o un procedimiento mediante el cual se produzca, transforme o utilice materia biológica.» Ley de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad 11/1986 de 20 de marzo, Artículo 4.1.

⁸ Kinsella (2001). En rigor la patente no garantiza un derecho a usar la invención, sino un derecho a impedir que terceros lo hagan. El inventor de un carburador mejorado puede patentarlo e impedir que otros apliquen las mejoras que él ha concebido, pero no puede hacer uso del carburador mejorado a menos que el titular de la patente del carburador original le permita utilizar éste.

patente, el copyright confiere al autor-creador un derecho exclusivo a reproducir el trabajo, explotarlo comercialmente o presentarlo al público⁹.

En síntesis, la propiedad intelectual supone un derecho de propiedad sobre ideas, plasmadas en una aplicación práctica (caso de las patentes) o expresadas (caso de los copyrights)¹⁰.

PROPIEDAD PRIVADA SOBRE BIENES TANGIBLES

Siguiendo al filósofo del siglo XVII John Locke, uno de los primeros autores en sistematizar una ética liberal de los derechos naturales, es preciso desarrollar ahora el concepto de propiedad tradicional. El pasaje transcrito a continuación corresponde a su *Second Treatise of Government* y hace referencia al derecho de propiedad clásico, al acto de apropiación original por el cual los bienes «desocupados» que la naturaleza ofrece son apartados de su seno por el hombre y convertidos en propiedad privada:

... cada uno de los hombres es propietario de su propia persona. Nadie sino él tiene derecho sobre ella. Podemos decir que el trabajo de su cuerpo y las obras de sus manos son estrictamente suyos. Cuando aparta una cosa del estado que la naturaleza le ha proporcionado y depositado en ella y mezcla con ella su trabajo, le añade algo que es suyo, convirtiéndola así en su propiedad. Ahora existe a su lado, separada del estado común

⁹ Kinsella (2001). La Ley de la Propiedad Intelectual española dice: «Artículo 1. La propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación. Artículo 2. La propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley.» Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

¹⁰ Kinsella (2001).

de la naturaleza puesta en ella. Con su trabajo le ha añadido algo que la excluye del derecho común de las demás personas. Dado que este trabajo es propiedad indiscutible del trabajador, nadie puede tener derecho sobre aquello que ha añadido...¹¹

Luego el individuo se apropia de un bien en el estado de la naturaleza cuando lo descubre e imprime su sello particular en él, cuando mediante su acción lo separa de la naturaleza, cuando mezcla su trabajo con el objeto, cuando lo usa u ocupa, en suma, por primera vez. El individuo es propietario de sí mismo y, por extensión, deviene también propietario de aquello que, no siendo de nadie previamente, recibe el influjo de su personal acción¹². Entonces un vínculo existe entre este bien y el individuo que le ha dado utilidad que no existe entre dicho bien y nadie más. Tal es el fundamento objetivo de la propiedad privada, entendida como el derecho al control exclusivo de un determinado bien, cosa, objeto. El individuo ostenta así el derecho a decidir con respecto a su propiedad, a darle el uso que estime oportuno de acuerdo con sus fines particulares, sin ninguna interferencia por parte de terceros y con la única limitación de no invadir-agredir la propiedad ajena. En la medida en que no se respete este control de la persona sobre sus posesiones legítimamente adquiridas se estará violando su derecho de propiedad.

¹¹ John Locke, «Two Treatises of Government», citado en Rothbard (1982, p. 49).

¹² «Cada individuo se percató de su propia condición y forma, e incluso de la existencia de sus miembros y de su cuerpo, viéndolos y sintiéndolos. Esto constituye su noción de la identidad personal, tanto para él como para los demás; y es imposible concebir — es de hecho una contradicción afirmar— que los miembros y el cuerpo de un hombre no le pertenecen, pues las palabras “le”, “a sí mismo” y “su cuerpo” remiten a la misma cosa material. En la medida en que aprehendemos la existencia de nuestros propios cuerpos percibiéndolos, y en la medida en que percibimos los cuerpos de los demás, tenemos precisamente razones análogas para creer en la individualidad o identidad de otras personas, así como para creer en nuestra propia identidad. Las ideas expresadas por las palabras “mío” y “tuyo”, aplicadas al producto del trabajo, son entonces simplemente una prolongación de las ideas de identidad personal e individualidad». T. Hodskin, «The Natural and Artificial Right of Property Contrasted», citado en Palmer (1990).

¿En qué sentido la propiedad intelectual enlaza con el concepto de propiedad privada tradicional expuesto? Para los defensores iusnaturalistas¹³ de la propiedad intelectual, tanto ésta como la propiedad tradicional son el producto de la labor y el pensamiento del individuo. En la línea de Locke, se arguye que *«uno tiene el derecho a los frutos de su trabajo. De acuerdo con esta visión, del mismo modo que uno tiene derecho a los cereales que cultiva, también tiene uno derecho a las ideas que genera y al arte que produce»*¹⁴. En palabras del pensador decimonónico Lysander Spooner, ardiente defensor de la propiedad intelectual, *«aquél que descubre, o primero toma posesión, de una idea, deviene su lícito y legítimo propietario; de acuerdo con el mismo principio que aquél que primero toma posesión de cualquier producto material de la naturaleza se convierte en su legítimo propietario (...) Pero si se trata de ideas que no preexisten en la naturaleza (...) sino que son creadas por su labor —la labor de su mente— entonces el derecho de propiedad corresponde a aquel cuya labor las ha creado»*¹⁵. En efecto, este razonamiento parece impecablemente lockeano. La semejanza, no obstante, es sólo aparente.

PERSPECTIVA ÉTICA

Al concepto de propiedad intelectual cabe oponer varios argumentos de tipo ético esencialmente que atacan de raíz su justificación, poniendo de manifiesto las contradicciones y las inconsistencias de dicho concepto. No se trata de apelar a ninguna suerte de «derecho social» a la difusión de las ideas o a

¹³ Los iusnaturalista defienden la existencia de unos derechos naturales. En contraposición, los utilitaristas no apelan a unos derechos naturales, sino a la maximización del bienestar social o de la utilidad. Volveremos sobre este punto más adelante. Hay proponentes iusnaturalistas y utilitaristas liberales en ambos bandos de esta discusión.

¹⁴ Kinsella (2001).

¹⁵ Spooner (1855).

un supuesto carácter colectivo de las mismas. En este sentido estamos plenamente de acuerdo con Spooner cuando señala que «*las ideas emanan de la mente del individuo. Abandonan su mente sólo en obediencia a su voluntad. Mueren con él si así lo elige*»¹⁶.

Propiedad intelectual o derechos sobre la propiedad ajena

Locke sostiene que el individuo deviene propietario de aquella materia tangible en la que ha impreso su sello distintivo, en la que ha plasmado su creatividad, no de la idea en sí misma que como tal puede concretarse en otros objetos tangibles. Como indica Tom Bell de un modo gráfico, «[Locke] *habla de la propiedad de los átomos, no de la propiedad de los bits*»¹⁷.

La propiedad intelectual es un derecho sobre objetos ideales, sobre ideas. Esto significa que se confiere al titular de la propiedad intelectual un derecho sobre todas las plasmaciones físicas de la idea protegida, es decir, el creador-inventor retiene un derecho de control sobre la propiedad ajena en lo tocante a la plasmación de la idea protegida. Nadie puede plasmar esta idea en su propiedad tangible sin el consentimiento del creador-inventor, luego el creador-inventor detenta un derecho de control parcial sobre la propiedad tangible de terceros, ya que ostenta la potestad de decidir, con respecto a la plasmación de la idea, sobre el uso de esta propiedad tangible.

El autor de un libro, valiéndose del copyright, no sólo posee un derecho de propiedad sobre el ejemplar que ha escrito (lo cual nadie niega), sino que detenta un derecho de propiedad parcial sobre *toda* la tinta y las hojas en blanco *propiedad de terceros*, ya que puede impedir que estos, con *su* tinta y con *sus* hojas, reproduzcan las ideas expresadas en la obra original.

¹⁶ Palmer (1990).

¹⁷ Bell (2002).

El músico que en su casa escucha una sinfonía compuesta por otro y la registra, o simplemente la memoriza, no puede después reproducirla con *sus* instrumentos en *su* local sin el consentimiento del autor original. No puede, por tanto, dar a *sus* instrumentos y a *su* local el uso que estime oportuno.

El inventor de un nuevo carburador, valiéndose de su patente, no sólo posee un derecho de propiedad sobre los materiales en los que ha plasmado su idea, sobre *su* carburador, sino un derecho de control parcial sobre todos los carburadores existentes, cuyos propietarios no pueden aplicar esa innovación en *su* carburador sin el consentimiento del inventor¹⁸. Los propietarios de los carburadores antiguos no pueden hacer con *su* carburador lo que deseen, ya que al menos un uso concreto, la aplicación de esa invención, les está vedado. No pueden decidir con carácter exclusivo el fin a que van a destinar *su* carburador, pues con respecto a ese fin concreto es el inventor el que decide. Todos aquellos individuos que poseen las piezas para montar el nuevo carburador no pueden hacer uso de ellas con esa finalidad sin el consentimiento del inventor. El inventor posee por tanto un derecho de control parcial sobre todas esas piezas, ya que sus propietarios no pueden hacer con ellas simplemente lo que deseen, no pueden en particular reproducir ese carburador. De este modo, si como decíamos antes «*en la medida en que no se respete este control de la persona sobre sus posesiones legítimamente adquiridas se estará violando su derecho de propiedad*», los titulares de estos monopolios legales (copyrights y patentes), los que detentan un derecho de control parcial sobre la propiedad ajena con respecto a las ideas protegidas, violan el derecho de propiedad de terceros. El titular de la patente del carburador al que nos referíamos está violando el derecho de propiedad de aquellos que poseen el carburador y las piezas necesarias para reproducir la invención, pues no pueden hacer

¹⁸ Kinsella (2001).

con su propiedad lo que estimen oportuno de acuerdo con sus fines particulares, no pueden destinar *sus* carburadores y *sus* piezas al fin concreto de reproducir la obra del inventor original, luego se están restringiendo-violando sus derechos de propiedad sobre sus piezas

Tomando un clarificador ejemplo de Stephan Kinsella: por el mero hecho de idear una nueva técnica para cavar hoyos, el inventor puede prohibir a todos los otros individuos del mundo cavar hoyos del mismo modo, *incluso en su propiedad*¹⁹. O como escribe Tom Palmer, la ejecución de un derecho de propiedad sobre una danza concreta, por ejemplo, implica emplear la fuerza para impedir a otro individuo mover *su* cuerpo de una determinada manera, luego se está restringiendo el derecho de propiedad de este individuo sobre su propio cuerpo²⁰.

Así, en palabras de Kinsella: «*por el solo hecho de pensar y plasmar un patrón original de información, o por el solo hecho de encontrar otra nueva manera de emplear su propiedad, el creador protegido por la propiedad intelectual deviene propietario parcial de las propiedades de los demás*»²¹. De esta forma las patentes y los copyrights transfieren parcialmente derechos de propiedad de los poseedores naturales de bienes tangibles a los inventores, creadores y artistas, lo cual supone una violación de los derechos de propiedad de los primeros²². Los poseedores naturales, al reproducir *en su propiedad* una idea que ha sido concebida por un tercero, no atentan contra la integridad física o los bienes de nadie. Hacen un uso pacífico de su propiedad, en ningún momento impiden por la fuerza que el inventor destine la suya al fin que desee.

Por otro lado, como apunta el profesor Roderick Long, no es posible apropiarse de algo que no puedes controlar, y no puedes

¹⁹ Íbid.

²⁰ Palmer (1990).

²¹ Kinsella (2001).

²² Íbid.

controlar aquello que está en la mente de los demás²³. Luego carece de sentido pretender apropiarse de una idea que está ya en la mente de otro. Si un individuo ve cómo funciona el invento de un tercero, cómo funciona su carburador nuevo, por ejemplo, esa idea ya está en su cabeza y es absurdo alegar que pertenece al creador original del carburador. De donde se sigue que este individuo puede plasmar la idea que ahora reside en su mente en un material tangible que sea de su propiedad, fabricando otro carburador de iguales características.

En palabras del profesor Tom Bell, *«al invocar el poder del Estado, el titular de un copyright o una patente puede imponer retención previa, multas, encarcelamiento y confiscación a aquellos que se expresan pacíficamente y que disfrutan con serenidad de su propiedad tangible. Porque esto amordaza nuestras voces, ata nuestras manos y echa abajo nuestras prensas, la ley de copyrights y patentes viola los mismos derechos que Locke defendió»*²⁴.

Propiedad intelectual o derechos sobre bienes no escasos

En economía se denomina bien escaso a aquel bien cuyo uso por parte de un individuo excluye / limita el uso de este bien por parte de otro individuo o para otra finalidad²⁵. La escasez

²³ Long (1995).

²⁴ Bell (2002). Vale la pena ilustrar este argumento con un caso concreto que tuvo lugar en Estados Unidos en 1996. Ese año la ASCAP (la «American Society of Composers and Performers»), entidad gestora de derechos de autor por cuenta de 68.000 afiliados, requirió el pago de regalías a todos los campamentos de verano del país en los que los niños cantaran alrededor de la hoguera alguna de las cuatro millones de canciones amparadas por la entidad. La iniciativa suscitó airadas protestas, afectando la imagen pública de la ASCAP. Finalmente capituló y aceptó el pago simbólico de un dólar anual por campamento. Pero como apunta Julio Cole, lo grave es que este humilde pago simbólico ya supone un reconocimiento formal de las demandas de la ASCAP, a saber, que *cualquier* ejecución pública de una canción debe ser previamente *autorizada* por el autor, esto es, que los individuos no tienen derecho a expresarse con total libertad, pues les está vedado articular una determinada sucesión de vocablos en una determinada entonación. Cole (2003).

²⁵ Hoppe (1989, p. 9).

no alude en este sentido a la carencia o insuficiencia de algo, sino al hecho de que un bien sea de uso excluyente. Un bien es escaso cuando no puede ser usado indistintamente por varios individuos para sus respectivos fines. Surge así la posibilidad de *conflicto*. Una manzana, por ejemplo, es un bien escaso porque si alguien la engulle ningún otro individuo puede darle uso. Por tanto, puede haber conflicto sobre su uso por parte de múltiples actores humanos. Los rayos del sol, por el contrario, no son bienes escasos, no generan ningún tipo de conflictividad sobre su uso: el que alguien reciba luz del sol no impide / limita que otro la reciba y se aproveche también de ella. No hay conflicto posible sobre su uso, porque nada de lo que haga yo limita de algún modo el uso que otro puede hacer del mismo objeto. De la escasez deriva entonces la necesidad de articular una ética social que prescriba derechos de propiedad conformes con la naturaleza actuante del hombre, derechos de uso sobre los bienes escasos que soslayen el conflicto y permitan a cada individuo perseguir pacíficamente sus fines sin interferencias indeseadas. Tal es el fundamento de los derechos de propiedad lockeanos sobre bienes tangibles.

Las ideas, sin embargo, no son bienes escasos. Los objetos inmateriales no son de uso excluyente, no hay conflictividad en relación con su uso. Una idea puede reproducirse de forma simultánea en la mente de todos, puede ser utilizada por un individuo sin que ello impida / limite el uso de esa misma idea por parte de terceros. El uso de una idea particular por parte de un individuo no excluye / limita el uso de nadie con respecto a esa idea. Si alguien canta una canción, ello no impide que otro pueda cantarla. La canción no se gasta por muchas voces que la entonen y por muy a menudo que lo hagan. El que alguien utilice un invento no impide que otro pueda plasmar físicamente la misma idea innovadora y hacer igualmente uso de ella. El que un individuo escriba un libro no impide que otro exprese en una hoja de papel las mismas palabras. Las ideas no son,

pues, un bien escaso, luego no tiene sentido que se establezcan normas éticas para evitar el conflicto, ya que no puede haber conflicto alguno con respecto a su uso²⁶. En el caso de la manzana hay conflicto sobre su uso: uno puede quejarse de que otro se la coma porque entonces ya no puede comérsela él. Pero en el caso de una receta de cocina o de una canción no hay conflicto posible sobre su uso, el individuo no puede alegar que si otro hace uso de tal o cual idea impedirá que él haga uso de la misma idea. Y si no hay conflicto sobre el uso de la receta de cocina o de la canción, ¿qué justificación tiene el derecho de propiedad? Con la manzana es preciso establecer un derecho de propiedad para ver quién puede comérsela legítimamente, pero con la receta o la canción eso no hace falta, porque todo el que quiera puede utilizarlas sin que ello las desgaste²⁷.

²⁶ Las ideas, mientras no son difundidas y permanecen en la mente de su autor, más que de uso excluyente cabe considerarlas de uso exclusivo. La idea, *per se*, no es de uso excluyente o escasa. Puede «excluirse» a los demás de su uso en tanto no se revele, pero no en razón de la naturaleza misma de la idea. Puede excluirse a terceros porque no la conocen, pero no porque la idea en sí se gaste o tenga usos conflictivos (que es lo que define la escasez).

²⁷ Es cierto que las ideas se plasman en objetos tangibles, y que la cantidad de éstos es limitada. Así, una idea para construir una autopista en un lugar concreto no puede materializarse, lógicamente, en ningún otro lugar. Esta idea sólo puede plasmarse una vez. ¿Significa ello que esta idea sí es escasa? Si alguien la plasma nadie más podrá hacerlo. ¿No es, por tanto, de uso excluyente? La respuesta es no, pues hay que entender que no es la idea la que es escasa, sino el bien tangible. Lo que es de uso excluyente no es la idea en sí, que como tal puede reproducirse en la mente de todos al mismo tiempo, sino el uso de ese bien tangible. Si el terreno en cuestión se emplea para construir la autopista propuesta no podrá utilizarse para hacer un parque o para hacer otro tipo de autopista. Es el terreno el que es de uso excluyente, el que es un bien escaso. Si hubiera más terrenos como éste la idea podría plasmarse en más sitios. Si en lugar de hacer referencia a un objeto concreto la idea hiciera referencia a algo más genérico, podría plasmarse con más frecuencia. La cuestión es que la idea *per se* no es escasa, lo son los bienes en los que se materializa, y en la medida en que éstos son específicos se reduce el número de objetos en los que puede aplicarse la idea. ¿Ha surgido aquí entonces algún tipo de conflictividad que no hayamos contemplado todavía? ¿No es acaso conflictiva la idea que quiere aplicarse en el terreno? Si se emplea esta idea ya no podrá aplicarse ninguna otra, y ésta no podrá volver a plasmarse en ningún otro lugar. Pero fijémonos que aquí lo que se discute no es el uso excluyente de la idea, sino el uso

La propiedad privada en su sentido tradicional resulta de la escasez: sólo los bienes escasos son apropiables, pues sólo con respecto a su uso puede haber conflictos. Por el contrario, la propiedad intelectual no emana de la escasez sino que la genera artificialmente. Como indica Julio Cole, su propósito es *crear escasez* a través de un monopolio legal, un derecho exclusivo, que garantiza una renta monopolística a quien lo retiene²⁸. Se convierte en escaso algo que antes no lo era. Una idea no es un bien escaso por naturaleza, sino que deviene escaso por efecto de la propiedad intelectual. Ésta no surge, por tanto, para evitar conflictos, ya que a falta de escasez son inexistentes; la conflictividad se origina artificiosamente adjudicando derechos exclusivos sobre algo que no puede ser objeto de un derecho exclusivo.

Propiedad y recompensa

Si no hay conflictividad posible sobre *el uso* de las ideas, ¿qué otra cosa podría justificar un derecho de propiedad sobre ellas? La respuesta intuitiva de mucha gente es que uno tiene derecho a gozar en exclusividad de los frutos de su creatividad intelectual. Se concibe la propiedad intelectual como un mecanismo para asegurar una merecida recompensa por el esfuerzo invertido. ¿Por qué un individuo debe tener un derecho exclusivo sobre el nuevo carburador que ha inventado? Porque es fruto de su trabajo, de su esfuerzo intelectual, y *merece* quedarse con él. Sin embargo, el esfuerzo y el mérito jamás han sido el fundamento del derecho de propiedad. No nos apropiamos de algo porque nos hayamos esforzado en conseguirlo o porque

excluyente del bien tangible, del terreno. Hay conflicto sobre el uso que puede darse a este terreno (construir esta autopista, un parque...), no sobre el uso de la idea. Por eso, porque hay un conflicto sobre el uso del terreno, es preciso establecer derechos de propiedad *sobre el terreno*, no sobre los fines a que puede destinarse.

²⁸ Cole (2001).

nos lo merezcamos sino porque lo *descubrimos y ocupamos / usamos* en primer lugar o lo recibimos voluntariamente de un tercero. Es cierto que el esfuerzo y el mérito están estrechamente ligados a la apropiación y el enriquecimiento, pero no es en rigor el motivo por el cual devenimos propietarios de algo. Cuando cultivamos un campo yermo éste pasa a pertenecernos no porque merezcamos una recompensa o nos hayamos esforzado, sino porque lo hemos labrado antes que cualquier otro individuo. Cuando nos toca la lotería nos enriquecemos legítimamente, y nadie puede decir que eso sea el resultado de nuestro esfuerzo o que en efecto nos lo merezcamos. A lo mejor somos unos vagos y no hemos hecho nunca nada de provecho, y un día compramos un boleto y nos toca el gordo. ¿Alguien puede decir que nos hemos enriquecido como resultado de nuestro esfuerzo o porque nos lo merezcamos? No, y sin embargo está fuera de duda de que ha sido un enriquecimiento legítimo. Cuando heredamos una mansión, ¿podemos decir que deviene propiedad nuestra porque nos lo merezcamos o porque nos hayamos esforzado? No. Devenimos propietarios de la mansión porque ésa es la última voluntad de su legítimo propietario, no como recompensa por nuestro esfuerzo y trabajo. Puede ser cierto que hayamos trabajado duramente toda la vida, pero no es ese el motivo por el cual nos apropiamos de la mansión. Cuando alguien nos regala algo también devenimos propietarios del regalo y eso no tiene por qué corresponderse con nuestro esfuerzo o mérito. En ocasiones, por tanto, la gente se enriquece legítimamente sin que ello suponga una recompensa por su trabajo.

Por otro lado, muchas veces uno trabaja arduamente y no recibe la recompensa deseada. Ayudamos a nuestro vecino con la mudanza y sin embargo éste ni siquiera nos da las gracias. Invertimos todo nuestro tiempo en la construcción de una casa en el bosque y cuando ya está casi terminada una riada se la lleva por delante. Hacemos una monografía excelente para una

asignatura de la universidad y el profesor nos pone un aprobado mediocre. La vida está repleta de ejemplos de esfuerzos no recompensados. Intentaremos siempre obtener lo que creemos merecer, pero no podemos decir que sea ilegítimo que no suceda así todas las veces. Por tanto, no es cierto que la propiedad sea una recompensa por nuestro esfuerzo. Puede serlo, y en la mayoría de casos así es, pero no es el esfuerzo o el mérito lo que nos convierte en propietarios.

En este sentido nuestra reacción cuando somos víctimas de un robo puede ser similar a la de cuando nos copian un invento o una idea que nos ha costado elaborar. No obstante, eso no significa que en el fondo creamos tener idéntico derecho de propiedad sobre ambos, sobre el bien tangible y sobre la idea. Si hemos estudiado mucho y en el examen uno de nuestros compañeros, que no ha estudiado nada, nos copia descaradamente y luego obtiene mejor nota que nosotros, puede que nos sintamos ultrajados, pero eso es porque esperábamos que cada cual fuera recompensado de acuerdo con su esfuerzo y su valía, no tiene nada que ver con el derecho de propiedad. Cuando nos copian un invento o una idea brillante, también podemos sentirnos agraviados, pero la razón no tiene que ver con el derecho de propiedad sino con la recompensa que esperábamos obtener por nuestro esfuerzo así como por el hecho de saber que otro se ha aprovechado de nosotros. Cuando nos roban un bien tangible también se aprovechan de nosotros, y de ahí que nuestra reacción sea similar. Pero mientras en el caso de un bien tangible sí nos une a él una sentimiento instintivo de pertenencia que en ocasiones va más allá del hecho de que creamos que es fruto de nuestro esfuerzo, en el caso de nuestras ideas lo que nos une a ellas es la expectativa de obtener una recompensa por nuestro esfuerzo. Sin embargo, como ya hemos visto, la propiedad no es *per se* una recompensa por nuestro esfuerzo, aunque habitualmente lo sea también.

Propiedad y control

Sólo podemos apropiarnos, como hemos señalado, de aquello que podemos controlar, y no podemos controlar una idea que reside en la mente de los demás²⁹. Una idea puede, por supuesto, mantenerse en secreto (caso de los secretos comerciales), pero una vez hecha pública no cabe alegar un derecho de control exclusivo sobre la misma, pues, de facto, está siendo «controlada» por los individuos que la han asimilado. Carece de sentido proclamarse propietario de esa idea, ¿acaso podemos obligar a los demás a no pensar en esa idea sin nuestro permiso? Un derecho de propiedad sobre un bien comporta un derecho a excluir a terceros del uso del bien poseído. Como propietarios de nuestra casa podemos impedir que otros accedan a ella. Si fuéramos propietarios de una idea deberíamos poder excluir a terceros de usar la idea, esto es, deberíamos poder impedir que pensarán en *nuestra* idea. Pero obviamente el pensamiento de los demás escapa a nuestro control. No podemos excluir a terceros de pensar en nuestra idea. Podemos, en efecto, impedir que la apliquen en algún bien tangible, pero eso supone un derecho de propiedad parcial sobre ese bien, no sobre la idea, pues se está excluyendo a los demás de usar el bien tangible para esa finalidad concreta, no se les excluye de usar/pensar en la idea en cuestión. Es el control de ese bien con respecto a esa finalidad lo que está en disputa, no el control de la idea, que puede estar en la mente de todos los individuos. Por tanto, y contrariamente a lo que sucede con los bienes tangibles, no cabe un control excluyente sobre las ideas reveladas, luego no pueden ser objeto de apropiación.

²⁹ Long (1995).

Límites arbitrarios

Desde una perspectiva de derechos naturales es de todo punto arbitrario distinguir entre descubrimientos no patentables e invenciones patentables. Se arguye, como apuntábamos en la definición de patente, que el descubrimiento científico o filosófico, la identificación de aquello que existe en la naturaleza, no es una creación y por tanto no es patentable³⁰. Pero en este sentido nada es una creación, pues todo objeto es la recomposición de una materia ya existente de acuerdo con unas leyes naturales que descubrimos y aplicamos³¹.

Siguiendo a Roderick Long, las leyes de la naturaleza tienen diferentes grados de generalidad y especificidad. «*Si es una ley natural que el cobre conduce electricidad, no lo es menos que este mismo cobre, configurado de una determinada manera, con otros materiales también configurados de una determinada manera, resultan en una batería*»³².

Por otro lado, pecan igualmente de arbitrarios los límites temporales de la propiedad intelectual. En Estados Unidos la duración del copyright es de toda la vida del autor más 70 años después de su muerte³³; la de las patentes, 20 años³⁴. En España la duración de los derechos de autor también es de 70 años después de la muerte del autor³⁵. ¿Por qué 70 años después de su muerte y no 50? ¿Por qué no 20 años desde el registro de la autoría? ¿O cinco años desde el registro de la invención? ¿De dónde puede deducirse el límite temporal adecuado? La

³⁰ Spooner, en su afán por ser consecuente, estimaba apropiables tanto los descubrimientos científicos o naturales (hoy no patentables) como las invenciones plasmadas materialmente. Spooner (1855).

³¹ Kinsella (2001).

³² Long (1995).

³³ Cole (2003).

³⁴ Kinsella (2001).

³⁵ Ley de la Propiedad Intelectual, Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril, Libro I (De los derechos de autor), Título III, Capítulo I, Artículo 26.

arbitrariedad de la duración de la propiedad intelectual es palmaria, luego en todo caso sólo puede obedecer a criterios utilitaristas. En realidad atiende más bien a criterios partidistas. A lo largo de los últimos dos siglos en Estados Unidos los límites temporales del copyright se han ido dilatando paulatinamente: de 14 años en 1790 (renovable por otros 14) se ha pasado en 1998, después de sucesivas enmiendas a la ley de copyright, a toda la vida del autor más 70 años (95 años en el caso del copyright corporativo), por lo que la temporalidad que prescribía la constitución americana se ha tornado en un mero formalismo³⁶. Claramente el propósito de estas sucesivas revisiones no ha sido el de incentivar el progreso, sino el de prolongar monopolios legales muy rentables para determinadas empresas³⁷.

Una última consideración, relevante en el caso de las patentes: ¿qué sucede si dos individuos inventan, de forma independiente, en momentos distintos del tiempo, un mismo dispositivo?³⁸ ¿En razón de qué se confiere al primer inventor un derecho exclusivo sobre el uso de ese objeto si el segundo inventor, aunque lo haya creado más tarde, lo ha hecho de modo absolutamente independiente, sin saber de la existencia del anterior? Si lo que justifica una patente es el acto de creación genuino, original, ¿qué hace que al primero se le otorgue el monopolio legal sobre el invento y al segundo se le niegue todo

³⁶ Cole (2003). Entre los poderes del Congreso la constitución estadounidense cita «el fomento del progreso de la ciencia y las artes útiles, otorgando por un período limitado de tiempo a autores e inventores un derecho exclusivo sobre sus obras y sus descubrimientos». Constitución de los Estados Unidos, artículo 1, sección 8.

³⁷ Cole (2003). La ley Sonny Bono, una serie de enmiendas a la Ley de derechos de autor, fue impulsada, por ejemplo, por firmas vinculadas a la industria cinematográfica que querían evitar, con la extensión del límite temporal, que varios de sus personajes pasaran al dominio público. El caso de Disney, una de la compañías promotoras de esta ley, resulta paradójico, pues históricamente se ha beneficiado de personajes y relatos que eran de dominio público: Blancanieves, Pinocho, La Sirenita, El Libro de la Selva, El Jorobado de Notre Damme... *Íbid.*

³⁸ Long (1995).

derecho? Una legislación coherente en este sentido debiera permitir que hubiera tantos titulares de una patente o copyright como autores independientes (lo cual a efectos prácticos puede resultar problemático y puede menoscabar la creación de monopolios legales para incentivar la innovación).

El único modo de superar estas arbitrariedades es borrando las fronteras artificiales y convertir en ilimitado el monopolio legal, ilimitado en cuanto al tipo de ideas que pueda abrigar e ilimitado en cuanto a su duración temporal. Así, cualquier idea podría ser patentable u objeto de copyright y el derecho exclusivo sería perpetuo. El precio de esta coherencia superficial sería la paralización del progreso: si cada vez que encendiéramos una bombilla tuviéramos que pedir permiso o pagar royalties a los herederos de Edison, si cada vez que empleáramos una idea (desde una fórmula científica hasta una nueva técnica para recolectar frutos o construir casas) tuviéramos que pedir autorización y pagar por ella el desarrollo se detendría y la humanidad fallecería de hambre. Una ética que produjera este resultado claramente estaría viciada en algún punto, pues no parecen ajustarse a la naturaleza humana unas normas que impiden al hombre superar su estado de indigencia natural³⁹.

³⁹ Virtualmente ningún valedor de la propiedad intelectual ha defendido esta postura tan extrema. Andrew Joseph Galambos sería una de las pocas excepciones. Llegó a reivindicar, por ejemplo, un derecho exclusivo sobre sus ideas tal que exigía a sus alumnos que no las repitieran fuera de clase sin su permiso, pues sólo a él pertenecían. Galambos al parecer también cambió su nombre original Joseph Andrew por el de Andrew Joseph, para no infringir el derecho de su padre a su propio nombre. Véase Kinsella (2001) y Browne (1997). Lysander Spooner, asimismo, llevó hasta las últimas consecuencias su defensa de la propiedad intelectual, sosteniendo la legítima apropiación tanto de principios científicos o naturales descubiertos como de inventos plasmados físicamente, así como la perpetuidad de dicho título. Véase Palmer (1990).

PERSPECTIVA ECONÓMICA

El utilitarismo pretende la *maximización* del bienestar social o la utilidad social, esto es, el mayor bienestar para el mayor número⁴⁰. Se prescriben normas o políticas, pues, en función de si van a reportar de forma agregada más utilidad social, y no atendiendo a si están o no en sintonía con unos abstractos derechos naturales del hombre. Los derechos, para el utilitarismo, son más bien construcciones *ad hoc* convenientes para alcanzar esa anhelada maximización del bienestar⁴¹.

Los proponentes utilitaristas de la propiedad intelectual arguyen, de esta suerte, que la riqueza, el progreso, será optimizado (o aumentará) si se garantizan copyrights y patentes que incentiven la labor de autores y inventores⁴². No se contempla si los creadores tienen en efecto un derecho natural sobre sus obras. Desde un punto de vista estrictamente utilitarista esto es irrelevante, lo único que interesa es si la propiedad intelectual fomenta el progreso. A este planteamiento cabe oponerle dos críticas generales:

En primer lugar, no es aceptable que el utilitarismo prevalezca por encima de la ética de los derechos naturales, pues en aras de la maximización del bienestar para la mayoría pueden cometerse los más obscenos atropellos contra individuos y minorías. Si ningún derecho protege a las personas *a priori*,

⁴⁰ Palmer (1990).

⁴¹ Cabe apuntar que aquí no estamos contraponiendo el utilitarismo con el liberalismo, sino el utilitarismo con el iusnaturalismo, el utilitarismo con los derechos naturales. El utilitarismo bien entendido (encontrado en la noción de eficiencia dinámica) es perfectamente defendible desde un punto de vista liberal (de hecho justicia y eficiencia son a este respecto conceptos complementarios, el conflicto entre ambos es sólo aparente). Véase Huerta de Soto (2004, p. 52).

⁴² «Es menos probable que una empresa invierta recursos en desarrollar un nuevo producto si empresas competidoras que no han incurrido en este gasto puede duplicar el producto y producirlo al mismo coste marginal que el innovador; la competencia reducirá el precio hasta el coste marginal y el coste de la inversión no será recuperado». Landes y Posner (2003, p. 13).

todos nos hallamos a merced de lo que *presuntamente* sea útil, beneficioso, para los demás. Si a la mayoría le complace vernos sufrir, el utilitarismo no puede hacer otra cosa que suscribir que nos torturen para «maximizar el bienestar de la sociedad». Conclusiones de este tipo dudosamente serían aceptadas por los propios utilitaristas⁴³. Por otro lado, puesto que lo que se considera es únicamente el resultado de un proceso se da la circunstancia de que puede tildarse de justo o injusto un escenario con independencia de cuál haya sido el comportamiento de los individuos en el proceso⁴⁴. Esto supone una subversión de los principios de justicia tradicionales, pues no se evalúan las acciones de los individuos por sí mismas sino a la luz de un determinado óptimo teórico.

En segundo lugar, el utilitarismo carece de consistencia científica en tanto se erige sobre postulados irreales pretendiendo calcular «óptimos sociales» al margen de las elecciones efectivas de los individuos en el mercado. Sus premisas para maximizar el bienestar social simplemente no se atienen a la realidad, pues las utilidades de cada persona no son mesurables ni pueden agregarse para conformar óptimos sociales. Las valoraciones subjetivas de los individuos son de carácter ordinal (un individuo prefiere A antes que B), no de carácter cardinal (A vale para un individuo 30 unidades de utilidad y B sólo vale 10 unidades de utilidad), por lo que no pueden sumarse o restarse entre ellas ni cabe hacer comparaciones interpersonales de utilidad⁴⁵. Toda comparación interpersonal de utilidad es científicamente ilegítima, no hay modo de determinar que la

⁴³ Para una crítica iusnaturalista del utilitarismo véase Rothbard (1982, pp. 275-282).

⁴⁴ «(P)retende enjuiciar como justos o injustos los resultados específicos del proceso social en determinados momentos históricos con independencia de que el comportamiento de los artifices del mismo se haya adaptado o no a normas jurídicas y morales de carácter general.» Jesús Huerta de Soto, citado en Kirzner (1989, p. 27).

⁴⁵ Rothbard (1956).

sociedad se beneficia más de la tortura de alguien de lo que éste sufre por ella, pues quizás su pena es infinita y cada individuo extrae muy poca satisfacción del hecho de verle torturado. No hay modo de establecer cuánto se «benefician» unos y cuánto «pierden» otros, no hay modo de cuantificar y comparar las utilidades de unos y otros y calcular de este modo si se ha producido un aumento de la utilidad global, del bienestar del conjunto, o un descenso. La utilidad percibida por un individuo es una apreciación subjetiva más o menos intensa psicológicamente a la cual no cabe asignar ningún número cardinal. Nos sentimos muy satisfechos o poco, pero no sabemos *cuánto* ni hay modo de comparar científicamente esta satisfacción nuestra con la satisfacción de los demás⁴⁶. En este contexto, las transacciones en el mercado son siempre pareto-óptimas en el sentido de que todas las partes mejoran su situación al desprenderse de algo que valoran menos, *ex ante*, que lo que van a recibir a cambio. Cuánto más se benefician unos que otros o cuánto menos se benefician de lo que podrían haberse beneficiado de haberse configurado otro tipo de arreglos es una cuestión que desde un punto de vista científico no tiene sentido plantearse. *Ex ante*, la asignación ha sido óptima o eficiente porque todos los participantes han actuado conforme a sus valoraciones subjetivas y han mejorado su posición sin que nadie haya visto empeorar la suya⁴⁷. Todos los participantes en el mercado han elegido lo que han preferido, puesto que han actuado voluntariamente. Si, actuando voluntariamente, hubieran preferido otra alternativa de entre las disponibles, la hubieran elegido. Al decidirse por una alternativa concreta y no por

⁴⁶ Íbid.

⁴⁷ Es decir, *antes* de satisfacer el fin el individuo escoge el medio que cree que satisfará mejor un determinado fin (es una valoración previa a la satisfacción del fin). *Ex post*, *después* de la transacción y al hacer uso del medio, el individuo puede darse cuenta de que no sirve para satisfacer ese fin (error empresarial). Por eso decimos que la asignación siempre es óptima *ex ante*.

otra decimos que han *demostrado* su preferencia por esa alternativa⁴⁸. Aseverar que alguien, a pesar de haber elegido la alternativa X, prefiere en realidad la alternativa Z es negarse a hacer ciencia. Si el individuo ha elegido X en lugar de Z es porque en ese momento prefería, por el motivo que fuera, X a Z, de lo contrario hubiera hecho la elección contraria.

Los proponentes utilitaristas de las patentes y los copyrights sostienen que la implementación de estos monopolios legales favorece un resultado óptimo, al generar incentivos para canalizar recursos hacia la invención y la creación. Pero los recursos empleados en la invención y la creación son recursos que dejan de emplearse en otro sitio. ¿De dónde se sigue que esta redirección de recursos «maximiza la utilidad social»? Si la propiedad intelectual es un artificio del Estado, no puede decirse que en su ausencia el resultado de las acciones libres de los individuos sería subóptimo. Los recursos se destinarían a una rama productiva o a otra en función de las preferencias de los individuos en el mercado. Interferir en este proceso de interacciones voluntarias instituyendo monopolios legales sólo limita la capacidad de cada uno de actuar de acuerdo con sus preferencias particulares.

Expuestas estas consideraciones previas, vayamos a criticar el núcleo de la argumentación utilitarista-económica en pro de las patentes y los derechos de autor. Se alega, como hemos visto, que la propiedad intelectual fomenta el progreso. El argumento económico es el siguiente: garantizar a autores e inventores derechos exclusivos sobre sus obras incentiva la creación, esto es, los autores y los inventores tienen incentivos para crear porque sólo ellos acapararán los beneficios de explotación de su obra. Si no se les concediera este monopolio legal, si no

⁴⁸ «El concepto de preferencia demostrada es simplemente esto: que una elección real revela, demuestra, las preferencias de un individuo; es decir, que sus preferencias son deducibles a partir de lo que elige actuando.» No confundir con el concepto de preferencia revelada de Samuelson, que tiene otras implicaciones. Rothbard (1956).

se les asegurara la obtención de los ingresos por la comercialización de su obra, entonces carecerían de incentivos para crear; el autor que fuera a escribir un libro no tendría garantías de que sólo él podría explotarlo comercialmente, luego quizás no lo escribiría; el inventor que se dispusiera a diseñar un nuevo carburador no tendría garantías de que sólo él podría darle uso, otros podrían recoger su idea y hacerle la competencia en el mercado, luego quizás no lo inventaría. Por tanto, sin propiedad intelectual los incentivos se reducirían y, en consecuencia, el progreso se resentiría gravemente. Habría menos obras y menos inventos. La conclusión utilitarista es que la propiedad intelectual instituye incentivos para fomentar el progreso, para maximizar la riqueza, y que por este motivo están justificados⁴⁹.

A continuación veremos por qué es discutible que los beneficios de la propiedad intelectual sean en realidad tan elevados como sus valedores alegan, y por otro lado, por qué es posible que los ingentes costes de la propiedad intelectual (aquellos beneficios a los que se ha renunciado al instituir la propiedad

⁴⁹ Se arguye también que las ideas son un ejemplo de «bien público» por ser bienes no-rivales en el consumo (el que una persona consuma el producto no disminuye el consumo que otra persona pueda hacer del mismo producto) y que no permiten la exclusión de los no-compradores. Esto generaría un efecto free-riding: numerosos individuos «supuestamente» interesados en el bien se abstendrían de pagar por él a la espera de que lo hicieran otros, pudiendo aprovecharse entonces de éste gratuitamente; la generalización del fenómeno acarrearía que el bien se produjera finalmente en una cantidad menor de la que sería necesaria para satisfacer a los interesados (el mercado ocasionaría un resultado subóptimo). El hecho de que una innovación genere «externalidades positivas», de que los beneficios de una nueva idea (un invento, un libro, una canción...) no puedan cargarse sobre todos los consumidores, produciría el mencionado efecto free-riding (numerosos individuos copiarían el invento, el libro o la canción en lugar de comprarlo, por ejemplo, pero al obtener los autores y creadores menos ingresos producirían menos inventos, menos libros y menos canciones), lo cual exigiría que el Estado interviniera para corregir el mercado (las elecciones libres de los individuos) y maximizar la utilidad social. En el párrafo anterior y en apartados posteriores impugnamos la solidez de esta tesis. Para una crítica al concepto de bien público véase Esplugas (2006).

intelectual) pueden incluso eclipsar los supuestos beneficios de esta regulación⁵⁰.

Relativizando los beneficios:

- En primer lugar, no todo el incremento de la productividad es resultado de invenciones; también se debe a economías de escala, mejoras en la calidad de la fuerza del trabajo, cambios demográficos... Además, no todo el progreso técnico atribuible a las invenciones es resultado de invenciones patentadas. Éstas conforman sólo una fracción de las invenciones, y una fracción de una fracción de la productividad en su conjunto⁵¹. Diversos tipos de objetos ideales no están amparados por la legislación de patentes y copyrights, y sin embargo se producen constantes innovaciones en esos ámbitos también (en el de la moda, por ejemplo, o en el de las estrategias de marketing o el de los principios científicos y fórmulas matemáticas)⁵².
- Numerosas invenciones y creaciones no se han producido como resultado de los incentivos que instituye la propiedad intelectual. En el ámbito de las patentes los estudios empíricos dirigidos por Edwin Mansfield son ilustrativos. En un primer estudio se concluye que, exceptuando los medicamentos, la ausencia de la protección de patentes hubiera afectado a menos de una cuarta parte de las innovaciones de la muestra (es decir, la mayoría se hubiera producido igualmente). En un segundo estudio, de acuerdo con una muestra de 100 compañías de 12 industrias distintas, sólo los empresarios de dos industrias consideraron que las patentes fueron esenciales para un tercio o más de sus innovaciones. En siete industrias, por

⁵⁰ Cole (2001).

⁵¹ Íbid.

⁵² En Estados Unidos, Palmer (1989).

otro lado, los empresarios estimaron que las patentes sólo fueron esenciales para el desarrollo de menos del 10% de sus invenciones. En algunas de estas industrias incluso se consideró que las patentes no fueron necesarias para el desarrollo de *ninguna* de sus innovaciones⁵³. Atendiendo al historiador Thomas Ashton, la Revolución Industrial hubiera acaecido igualmente en ausencia de propiedad intelectual. De hecho, apunta Ashton, se inició cuando expiró la patente de Watt sobre la máquina de vapor⁵⁴. Del mismo modo, en el siglo XIX en Estados Unidos los autores foráneos no gozaban de la protección del copyright y, no obstante, existía un mercado de obras extranjeras. Editores y autores arbitraron mecanismos voluntarios y contractuales para posibilitar un negocio lucrativo⁵⁵.

Considerando los costes:

- Los gastos inherentes a la propiedad intelectual en materia de registros, trámites, asesoría, tribunales, abogados etc. obviamente no tendrían lugar en un escenario sin patentes y copyrights, luego los recursos empleados a este respecto se destinarían a otros fines más productivos⁵⁶. En este contexto cabe señalar que las empresas a menudo juzgan más rentable invertir en tácticas legales para proteger sus invenciones que invertir propiamente en la investigación y el desarrollo de nuevas ideas, por lo que el gasto en asesoría y abogados es muy abultado⁵⁷.

⁵³ Cole (2001).

⁵⁴ Íbid.

⁵⁵ Palmer (1989).

⁵⁶ Kinsella (2001).

⁵⁷ En palabras de Sharon Levine, director ejecutivo de la HMO Kaiser Permanente: «Hoy en día los consumidores están pagando una prima extraordinaria creyendo que están promoviendo la innovación del futuro. Pero en realidad están financiando abogados». Boldrin y Levine (2005).

- La introducción de barreras de entrada (monopolios legales) restringe la competencia, lo cual puede comportar menos innovación y precios más elevados para los consumidores. A Henry Ford se le impidió inicialmente desarrollar sus automóviles porque ALAM retenía las patentes sobre los coches de gasolina. En el campo de la aviación sucedió algo similar: los hermanos Wright patentaron un mecanismo especial para las alas del avión y demandaron a todos los que intentaron aplicar innovaciones parecidas⁵⁸. Según Johann Murmann, las empresas de tinta sintética en Suiza y Alemania durante el período 1857-1914 desarrollaron una tecnología más avanzada que sus homólogas británicas o francesas porque inicialmente carecían de patentes y estaban sujetos a una mayor competencia en los mercados internos⁵⁹. Los monopolios legales sobre un determinado conocimiento también limitan severamente las posibilidades de investigación en torno a éste. El hecho de circunscribir el uso de una idea a una sola empresa menoscaba, por tanto, la emergencia de nuevos conocimientos. Por otro lado no puede saberse de antemano si las posibilidades de investigación de una invención patentada exceden la capacidad de la empresa para llevarlas a cabo⁶⁰. En el caso de las industrias cuyas innovaciones se apoyan continuamente en innovaciones anteriores, la introducción de patentes puede que dificulte más que incentive la creación (el incentivo a la creación puede verse más que compensado por la dificultad de innovar a partir de conocimientos existentes)⁶¹.
- Con el objeto de esquivar una patente numerosas empresas inventan alrededor de ella, ofreciendo un producto lo

⁵⁸ Cole (2001).

⁵⁹ Boldrin y Levine (2005).

⁶⁰ Debo esta última reflexión a José Carlos Rodríguez.

⁶¹ Boldrin y Levine (2005).

suficientemente diferenciado como para que no entre en conflicto con ésta. De este modo, para no infringir la patente de un tercero, se incide en un gasto superfluo y en ocasiones se produce un invento que, por ser algo distinto, resulta inferior al original⁶². Esta práctica también puede afectar a la compatibilidad entre bienes manufacturados (la diferenciación puede hacerlos incompatibles)⁶³. Asimismo, los que retienen la patente incurren a menudo en gastos superfluos al inventar ellos también alrededor de ésta, para blindarse contra la competencia impidiendo que otros puedan esquivar su patente. IBM, por ejemplo, gastó millones de dólares en inventar alrededor de las patentes de Xerox, de modo que cualquier aspecto de su tecnología quedara protegido. Esto explicaría por qué el 25% del presupuesto de IBM se destinó a la asesoría en materia de patentes y no a la investigación y al desarrollo⁶⁴.

- Los copyrights y las patentes pueden enjuiciarse desde un ángulo distinto, a saber, ¿qué incentivos tiene un autor o un inventor para seguir creando si ya goza de una renta monopolística con respecto a su obra por un lapso muy dilatado de tiempo? Si un autor tiene garantizada una renta monopolística por un largo período de tiempo, ¿no se verán reducidos sus incentivos para seguir creando durante ese período? En contraposición, si carece de un monopolio legal y aspira a percibir un flujo constante de ingresos puede verse compelido a crear sin interrupción. El caso de Eastman Kodak es ilustrativo: con el propósito de mantener su liderazgo practicó una estrategia de innovación continua. Si hubiera sido capaz de proteger efectivamente sus patentes es posible

⁶² Cole (2001).

⁶³ Palmer (1989).

⁶⁴ Cole (2001).

que hubiera destinado menos recursos a la investigación y al desarrollo⁶⁵. Puede que sea pertinente citar aquí las palabras de Michael Tiemann, vicepresidente de Red Hat: «cada vez que surge una patente de software es una promesa de que la innovación en este campo cesará durante 20 años»⁶⁶. Como apunta Murray Rothbard, si de un lado las patentes sobre-estimulan el gasto en investigación en las etapas previas al registro de la patente, de otro lado desincentivan el gasto en investigación en el periodo posterior al registro⁶⁷.

- Cabe considerar que las patentes quizás no fomenten un mayor progreso en general, sino que promuevan la innovación en una área concreta en detrimento de otra. En palabras de Milton Friedman, «hay muchas 'invenciones' que no son patentables. El 'inventor' del supermercado, por ejemplo, reportó grandes beneficios a sus congéneres por los cuales no podía cargarles un precio. En la medida en que una misma habilidad es requerida tanto por un tipo de invención como por otro, la existencia de las patentes tiende a desviar la actividad hacia las invenciones patentables»⁶⁸. Así pues, las patentes distorsionarían la estructura de incentivos, trasladando la actividad de las áreas patentables a las áreas no patentables. Las patentes no afectarían al gasto total en investigación sino al *tipo* de gasto realizado⁶⁹.

En definitiva, como concluye Julio Cole, quizás no habría menos invenciones en un contexto sin propiedad intelectual, sino simplemente otro tipo de invenciones⁷⁰.

⁶⁵ Íbid.

⁶⁶ Krill (2005).

⁶⁷ Rothbard (1962, pp. 658-659).

⁶⁸ Cole (2001).

⁶⁹ Rothbard (1962, pp. 658-659).

⁷⁰ Cole (2001).

PROTECCIÓN CONTRACTUAL VS. DERECHOS RESERVADOS

Las invenciones y las obras artísticas pueden protegerse legítimamente por la vía contractual, estableciendo compromisos que vinculan a las partes en lugar de privilegios otorgados por el Estado en forma de monopolios legales que vinculan a todos.

De acuerdo con la teoría de contratos sobre títulos de propiedad transferibles⁷¹, una propiedad X que pertenece al individuo B pasa a ser del individuo C si un acuerdo entre ambos estipula que X deviene, tras la firma, posesión de C. De este modo se transfieren contractualmente los títulos de propiedad. X deviene propiedad de C tan pronto como B y C así lo determinan y lo formalizan. El contrato es de este modo el consentimiento formalizado de las partes, y la transferencia, el resultado de ese consentimiento. Dicho esto, las transferencias de títulos también pueden ser condicionadas: imaginemos, por ejemplo, que el contrato dispone que B sólo transfiere la propiedad de 1000 euros a C si C realiza una determinada labor. En el caso de que C no acometa esta labor no tendrá derecho alguno sobre los 1000 euros; en el caso de que realice la labor tendrá derecho a los 1000 euros de B (en virtud del consentimiento de B expresado en el contrato). En otras palabras, si el contrato establece que 1000 euros de B devienen propiedad de C si se cumple la condición Z, tan pronto como se cumpla la condición Z, los 1000 euros devienen propiedad de C. Si no se cumple la condición Z entonces C no entra en posesión de los 1000 euros. Por otro lado, si se cumple la condición Z y el individuo B retiene los 1000 euros, B estará ahora reteniendo ilegítimamente una posesión de C (pues, recordémoslo, los 1000 euros devenían propiedad de C si la condición Z se cumplía, y se ha cumplido). La propiedad se transfiere en razón del

⁷¹ Véase Evers (1977), Kinsella (2003) y Rothbard (1982, pp. 191-213).

consentimiento de las partes y los contratos son una forma de expresar ese consentimiento. Si el consentimiento expresado en el contrato es condicionado a algo, en la medida en que no se cumpla esa condición no habrá consentimiento y no se hará efectiva la transferencia de títulos de propiedad.

De este modo el autor de un libro o el creador de un invento puede extender un contrato por el cual concierta con los compradores una transferencia condicional de su obra (del bien tangible que la contiene), de forma que estos pueden quedar obligados contractualmente a no realizar copias del escrito, de la película o del nuevo carburador. El inventor puede traspasar su nuevo carburador (bien tangible) con la condición de que el comprador no haga copias, no lo ceda a terceros, no revele su composición etc. de modo que el carburador sólo deviene propiedad del comprador en tanto se cumpla ese condicionante. En el caso de que lo incumpla el comprador estará en posesión ilegítima del carburador (pues el título de propiedad se transfería sólo si se cumplía la condición), estará en posesión de un bien tangible que no le pertenece.

Pero el contrato sólo vincula *a las partes*, no a terceros. Si el autor de una canción protegida la canta por la calle y otro la registra, el autor luego no puede impedir que este individuo haga con la canción registrada lo que quiera, pues ninguna condición contractual obliga a éste en ningún sentido. Si un individuo abandona un libro que ha comprado bajo la condición de no hacer copias, aquel que lo encuentre no está obligado por contrato alguno en lo que respecta a la distribución de copias.

La diferencia entre el tipo de protección contractual esbozada aquí y los derechos reservados propios del copyright es que el primero vincula sólo a las partes contratantes mientras que el segundo vincula a todos, prescindiendo de si se han sometido o no a un contrato. Para Murray Rothbard, por ejemplo, el autor/inventor puede transferir su obra original sin que ésta contenga el derecho de copia (copyright), esto es, reser-

vándoselo para sí⁷². El inventor del nuevo carburador puede transferirlo a condición de que no se copie, de manera que todas las copias que se hagan del original son ilegítimas, independientemente de que quien las haga sea parte contratante o no. El carburador traspasado no lleva consigo el derecho de hacer copias, de modo que si se hace una copia, ésta es ilegítima, y si se hace una copia de esta copia, también, y así sucesivamente. Si desde un principio no se cede el derecho de copia cualquier copia que derive en última instancia del objeto original con los «derechos reservados» será ilegítima. Esta tesis, sin embargo, trasciende el ámbito contractual para abrazar de nuevo la propiedad sobre las ideas. No es una aplicación de la teoría de contratos, sino una aplicación de la propiedad intelectual. Si un tercero no vinculado por contrato alguno no puede hacer uso de un bien tangible suyo para copiar el bien original (siendo su bien tangible *distinto* del bien tangible original) es que el autor/inventor retiene un derecho de propiedad sobre la idea plasmada en el bien material. Pero lo que era objeto de transferencia contractual presumiblemente era el bien tangible original, no la idea *per se*. El hecho de considerar que el copyright vincula a *todos* no puede explicarse, pues, en razón de la teoría de contratos sino en razón del concepto de propiedad intelectual. La diferencia entre el individuo que copia habiendo rubricado un contrato y el individuo que copia sin haber suscrito ninguno debería quedar clara. Si el individuo que ha comprado el nuevo carburador bajo la condición de no copiarlo etc. lo copia, deja de ser propietario de ese carburador y pasa a retener algo que no le pertenece (pues el propietario original solo consentía en traspasarlo si cumplía con la condición). Pero el individuo que no ha firmado contrato alguno y, habiendo visto el nuevo carburador, lo reproduce con piezas de *su* propiedad, no retiene nada que no le pertenezca. Está empleando *sus*

⁷² Rothbard (1982, p. 209).

bienes tangibles, distintos de los que el propietario original transfirió al comprador.

El ejemplo del libro abandonado que citábamos más arriba puede resultar esclarecedor en este contexto. Imaginemos que un autor vende su libro a un individuo a condición de que no haga copias ni lo distribuya a terceros para que lo copien ellos, pero no dice que no pueda abandonarlo. El comprador acata las condiciones, si bien cuando termina de leer el libro en un parque le parece tan nefasto que decide abandonarlo allí mismo. Tiempo después un tercer individuo, que no tiene ninguna relación con los anteriores, llega al parque y se encuentra con el libro abandonado, deviniendo así su legítimo propietario. ¿Qué contrato obliga a este individuo a no realizar copias del libro o a no distribuirlo a otras personas para que lo copien ellas? Ninguno. Este individuo no ha firmado ningún contrato, de modo que puede hacer con su propiedad lo que quiera. Es cierto que en el contrato también podría estipularse la condición de que en el caso de que la propiedad se abandonase ésta volvería a su dueño original. Pero el ejemplo expuesto, en el que se omite dicha condición, sirve para ilustrar que un tercero que no ha firmado el contrato no tiene ninguna de las obligaciones que sí tenía el comprador.

Es preciso señalar que el hecho de que el origen último de una copia sea una violación de contrato no invalida el título de propiedad sobre la copia por parte de terceros no vinculados por un contrato. Supongamos que el autor de un libro lo vende a condición de que no se copie y el comprador lo copia y distribuye la copia. El comprador claramente ha violado el contrato y puede exigírsele restitución por ello. ¿Pero qué sucede con las copias que están en manos de terceros? Esas copias, que tienen su origen en la violación del contrato por parte del comprador, son propiedad de sus tenedores actuales, a quienes no vincula contrato alguno. Pueden hacer con ellas lo que deseen. El autor del libro tenía un derecho de

propiedad sobre el ejemplar original vendido al comprador (de modo que al violarse el contrato el autor puede reclamarlo para sí), pero no tiene ningún derecho de propiedad sobre las copias. Los titulares de las copias no han violado ningún contrato (no habían firmado ninguno), y no están en posesión de ningún ejemplar que pertenezca al autor original (están en posesión de los ejemplares copiados). El autor es propietario del bien tangible original en el que se han plasmado sus ideas, no de los bienes tangibles en los que se han *copiado* sus ideas, pues ello significaría que retiene un derecho de propiedad sobre sus ideas (propiedad intelectual) y no únicamente sobre el bien tangible en el que las ha plasmado originalmente.

La violación de contrato que se produce al distribuir copias afecta al comprador atado por el contrato, no a los que ahora disponen de estas copias. Es muy cierto que los que ahora poseen las copias se han beneficiado de ese acto ilegítimo del comprador (la violación de contrato), pero eso no invalida su título. Imaginemos que un individuo ha inventado una fórmula rejuvenecedora y la guarda en su caja fuerte porque no quiere compartirla con nadie. Está, sin duda, en su derecho. Ahora supongamos que un ladrón roba la fórmula y la imprime en un millón de panfletos que luego lanza sobre la ciudad desde un avión. La gente de la calle recoge los panfletos, percatándose de la finalidad y la composición de esta fórmula. En realidad es una fórmula sencilla que todos podrían reproducir en su casa con sólo mezclar unos cuantos ingredientes y someterlos a cierto tratamiento. ¿Sería ilegítimo que lo hicieran? ¿Debería impedirse por la fuerza que los ciudadanos se valieran del nuevo conocimiento que ahora tienen de la fórmula? El ladrón sin duda violó los derechos del inventor al usurpar su secreto, ¿pero qué derechos violan los ciudadanos que ahora disponen de esta fórmula? ¿Tienen que dejar de utilizar su nuevo conocimiento sólo porque su origen es ilegítimo? Analicemos esta

cuestión tomando un ejemplo de Stephan Kinsella⁷³: imaginemos que un individuo, Jed, descubre un yacimiento de petróleo bajo su propiedad. Nadie más se ha percatado de que hay petróleo en la zona, así que Jed se propone comprar todas las propiedades circundantes a precios irrisorios. Pero uno de sus suspicaces vecinos, Cooter, irrumpe ilegítimamente en su propiedad y descubre la verdad. Acto seguido llama al Wall Street Journal para revelar la existencia del yacimiento y al día siguiente el preciado secreto de Jed es *vox populi*. Los vecinos ahora demandan sumas millonarias por sus terrenos, truncando los planes de Jed, y todo a raíz de la actuación ilegítima de Cooter. Cooter obviamente es encausado por allanamiento, ¿pero puede impedirse por la fuerza que los vecinos de la zona procedan de acuerdo con su nuevo conocimiento elevando los precios de sus terrenos? ¿No es acaso ilegítimo el origen de esa información? ¿Tendrían que hacer como si no supieran que en realidad allí hay un yacimiento y venderle las propiedades a Jed por el precio que pensaban proponerle antes? Obviamente no. Los vecinos no han hecho nada ilegítimo. Las ideas no son apropiables y los vecinos no han obtenido la información de forma ilegítima (Cooter sí, pero ellos no), motivo por el cual pueden hacer con ella lo que deseen.

De esta manera, es ilegítimo que el comprador de una canción protegida por contrato la cuelgue en Internet. Pero los individuos terceros que se la descargan no tienen ningún vínculo contractual con el vendedor, y ni siquiera conocen al copiadore. Simplemente utilizan una información disponible que no es apropiable para plasmarla en, por ejemplo, un CD de su propiedad. Se puede procesar al trasgresor del contrato, pero no a los terceros que se aprovechan de la información que éste ha puesto a su disposición. Ello no quiere decir que la acción de los free-riders no sea impugnabile desde un punto de vista

⁷³ Kinsella (2001).

moral. No estamos haciendo aquí juicios morales, sino considerando qué es legítimo y qué no. Alguien perfectamente podría pensar que comprar una copia es un acto de menosprecio hacia el autor de la obra. Aquí únicamente nos interesa determinar si el individuo tiene o no derecho a proceder de esta manera.

Por último, puede que en algunas parcelas la protección por la vía contractual no sea, al menos tal y como la concebimos hoy, demasiado efectiva; en otras parcelas, en cambio, sí puede serlo. Sea como fuere hay otros mecanismos para excluir a los *free-riders*, como veremos a continuación, y quién sabe si los empresarios, que tienen fuertes incentivos para idearlos, encuentran nuevas fórmulas contractuales para proteger las creaciones.

SOLUCIONES DE MERCADO

¿Qué fórmulas podrían emplear los autores e inventores para rentabilizar sus creaciones en ausencia de monopolios legales? ¿De qué modo y en qué medida podrían protegerse de la competencia de los productos no-originales? El empresario es el primer interesado en excluir a los *free-riders* o usuarios no-compradores (los que copian el producto en lugar de comprarlo) si eso tiene que reportarle beneficios. Aplicará o intentará descubrir un método de exclusión eficaz tan pronto como advierta que puede aprovecharse de una oportunidad de ganancia latente. De esta manera se conciben espontáneamente en el mercado fórmulas que permiten recoger beneficios que de otro modo permanecerían sepultados. Surgen distintos mecanismos que nadie antes había imaginado para rentabilizar la producción de bienes deseados por los consumidores en los que puede incidir el fenómeno del *free-riding*.

A este respecto cabe matizar, no obstante, que la exclusión de *free-riders* no es siempre deseable ni necesaria para producir

un determinado bien. De un lado, puede que el productor simplemente quiera que la gente se beneficie de un bien o servicio sin pagarlo⁷⁴. Sería el caso del inventor que sólo quiere donar a la ciencia su descubrimiento, o del escritor que distribuye su obra por internet para darse a conocer y ganar popularidad y fama, o del ideólogo que radia sus ideas para que se extiendan todo lo posible, o de la cadena de televisión que intenta llegar al máximo de espectadores para aumentar sus ingresos por publicidad. No hay aquí ningún interés por parte del productor de excluir a los free-riders, antes al contrario. De otro lado, excluir a los no-compradores tiene un coste. Si en el mercado decide no excluirse a los no-compradores en determinados contextos no cabe atribuirlo tanto a la imposibilidad técnica de hacerlo como al coste que acarrea⁷⁵. Nótese que prácticamente todos los empresarios-vendedores pagan costes de exclusión de una forma u otra: máquinas de refrescos selladas, guardias y cámaras de seguridad en las tiendas y supermercados, cristales en los aparadores de los comercios etc. son métodos de exclusión que se han ideado para excluir a los no-compradores del consumo del producto⁷⁶. El hecho de que no todos los propietarios de tiendas pongan una cámara de seguridad, por ejemplo, se debe a que el dueño considera que el coste que supone su instalación y mantenimiento sobrepasa los ingresos que reporta (en forma de prevención del robo). Es decir, el dueño prefiere que algunos gamberros actúen como free-riders robando al año cuatro chucherías que tener que pagar por una cámara de seguridad. Excluir a los free-riders en este contexto no sería eficiente. Se arguye asimismo que los individuos

⁷⁴ Benegas Lynch (1998).

⁷⁵ «En otros términos, la mencionada no-internalización no constituye un defecto del mercado sino que, dadas las circunstancias imperantes, significa su optimización. Por tanto, la posición de las externalidades no-internalizadas es superior en cuanto a la eficiencia respecto de la internalización forzosa de aquellas externalidades no deseadas». *Ibid.*

⁷⁶ Holcombe (1997).

tenderán a copiar en lugar de comprar, obviando que la propensión a aprovecharse de un bien sin pagarlo (convertirse en free-rider) no es la única que existe y no tiene por qué ser la más importante⁷⁷. Los individuos, en atención a sus principios morales o sentido del deber, podrían considerar que respetar la autoría de un invento u obra es preferible a maximizar su renta monetaria. Confundir la maximización de la renta monetaria con la maximización del bienestar o la felicidad personal es olvidar que los individuos pueden extraer igualmente satisfacción de comportamientos ascéticos, morales o altruistas.

Antes de abordar las posibles fórmulas para rentabilizar invenciones que podrían surgir en ausencia de patentes y copyrights es preciso puntualizar que desde la teoría podemos analizar los procesos sociales pero no podemos desempeñar la función empresarial misma que tiene lugar en su seno y que es la que lleva a descubrir los mecanismos de exclusión de los no-compradores y otras soluciones de mercado. Estudiar y ejercer el papel del empresario son dos labores distintas, y el desarrollo de métodos de exclusión y fórmulas de rentabilizar inversiones no corresponde, en este sentido, al teórico de la economía sino al empresario. No obstante, sí podemos apuntar tentativamente fórmulas que se nos antojan factibles y que en buena medida están operativas en la actualidad, sin olvidar que no podemos juzgar la factibilidad de producir un bien sólo a la luz de las fórmulas actuales sino también, en razón de la naturaleza dinámica del mercado, a la luz de las que podrían surgir. Así, la siguiente enumeración de posibles soluciones de mercado no pretende en modo alguno ser exhaustiva.

- Arreglos contractuales: Con el objeto de hacer frente a los riesgos de invertir cuantiosos recursos en investigación y desarrollo y carecer del monopolio legal sobre la

⁷⁷ Fielding (1979).

explotación del invento, las empresas podrían extender contratos en los que se *reconocieran mutuamente la exclusividad* sobre un producto concreto durante un período determinado de tiempo. Como sugiere Gil Gillory, las compañías farmacéuticas, por ejemplo, podrían reconocerse mutuamente la exclusividad sobre explotación de un determinado producto durante X años. El acuerdo resultaría eficaz en la medida en que fuera adoptado por un mayor número de empresas farmacéuticas⁷⁸. Otro tipo de arreglos que podrían proliferar son los *contratos de exclusividad*: una empresa A cedería la comercialización exclusiva de su producto al vendedor B en una determinada área geográfica a condición de que B no distribuyera ninguna copia o genérico de su producto⁷⁹. Los editores podrían establecer contratos de este tipo con librerías particulares o cadenas⁸⁰. A través de *contratos con condicionantes*, como hemos expuesto antes, es posible proteger directamente las obras y las invenciones, pero los contratos sólo vinculan a los compradores del original, no a terceros. Otra fórmula son los *contratos unánimes*: el productor reúne a los miembros del colectivo interesado en el bien y les indica que éste no se producirá a menos que cada uno se comprometa por contrato a pagar su parte alícuota siempre y cuando los demás hagan lo mismo⁸¹. Este arreglo contractual hace desaparecer todo incentivo a convertirse en free-rider, pues el potencial free-rider tiene la certeza de que no podrá consumir el bien sin pagarlo porque si no paga no hay posibilidad de que se produzca el bien⁸².

⁷⁸ Gil Gillory, en Kinsella (2005).

⁷⁹ Íbid.

⁸⁰ Palmer (1989).

⁸¹ Friedman (1986).

⁸² Cuanto mayor sea el colectivo más difícil será, en principio, conseguir un acuerdo unánime, pero puede bastar con encontrar una «minoría privilegiada»,

- Secretos comerciales: En ausencia de propiedad intelectual pueden mantenerse igualmente secretos comerciales (no revelar a nadie los detalles de una particular invención). Coca-cola no ha patentado nunca su fórmula, y de haberlo hecho hubiera pasado al dominio público 17 años después del registro, en lugar de permanecer protegida durante décadas como secreto comercial⁸³. La conclusión de múltiples estudios es que los empresarios valoran más los secretos comerciales que las patentes: alrededor del 51% de los jefes de laboratorio y directores de empresas han sostenido que los secretos comerciales son efectivos para rentabilizar inversiones contra el 23-35% en el caso de las patentes⁸⁴.
- El primero en producir: Es preciso ponderar las ventajas derivadas de ser el primero en producir un bien. Por un lado, hay que tener en cuenta el valor publicitario y la lealtad del consumidor que resulta de ser el primero en sacar al mercado un producto popular⁸⁵. Por otro lado, puede que duplicar con exactitud una invención determinada sea costoso y requiera mucho tiempo, lo cual da cierta ventaja al creador original. Asimismo cabe destacar la importancia de la curva de aprendizaje: si los costes de producción caen con el tiempo a medida que el productor

un subgrupo de ese colectivo que se beneficie lo suficiente de la producción del bien como para estar dispuesto a cargar él solo con el coste. Friedman (1986). De hecho los acuerdos no tienen por qué ser necesariamente unánimes dentro del grupo o subgrupo. Un individuo puede tener incentivos añadidos a contribuir si tiene la certeza de que también lo hará un número suficiente de individuos, de manera que su aportación no supondrá un despilfarro. Si cada consumidor potencial sabe que su contribución afectará el comportamiento de otros en el sentido de que contribuyan también, los incentivos a contribuir son mayores (pues si contribuyen la producción del bien está garantizada o es más probable). Palmer (1989).

⁸³ Palmer (1989).

⁸⁴ Boldrin y Levine (2005).

⁸⁵ Posner (2006).

aprende más acerca de cómo manufacturar el bien a un coste menor, la empresa pionera tenderá a tener una ventaja relativa sobre los competidores que llegan después⁸⁶.

- Discriminación de precios: Las empresas pueden practicar una discriminación temporal de precios, ofreciendo, por ejemplo, películas en DVD a un precio elevado en el momento de su estreno (para los entusiastas) y a un precio menor al cabo de unos meses. Actualmente también se discrimina en precios vendiendo ediciones de tapa dura de libros o ediciones especiales en DVD, precios diferenciados en revistas para particulares o para librerías, o precios rebajados para escolares, jubilados... en teatros, museos, cines...⁸⁷
- Bienes y servicios añadidos: Otro mecanismo para rentabilizar la producción de bienes con problemas de free-riders consiste en atarlos a bienes de cuyo consumo puede excluirse más fácilmente a los no-compradores⁸⁸. Los programas de software se atan a manuales, actualizaciones periódicas, servicio técnico... de modo que sólo los que compran los programas pueden beneficiarse de estos añadidos (los que copian los programas, los no-compradores, quedan excluidos de su disfrute) y el incentivo a convertirse en free-rider es menor⁸⁹. Los programas de software también se atan a un «hardware» o a un sistema operativo concreto de forma que el programa no es compatible con los ordenadores o sistemas operativos de la competencia (uno puede copiar un programa de software pero para utilizarlo tiene que comprar el hardware o el sistema

⁸⁶ *Íbid.*

⁸⁷ Palmer (1989).

⁸⁸ Cowen (1993).

⁸⁹ Palmer (1989) La empresa McAfee Associates, por ejemplo, ofrece gratuitamente muchos de sus contenidos de seguridad para ordenadores a través de internet, obteniendo sus ingresos de las actualizaciones y de su servicio de atención al cliente. Shapiro y Varian (1999, p. 86).

operativo de la empresa)⁹⁰. Otro ejemplo es el de las guías de programación que se venden junto con las emisiones de las cadenas (el primero permite excluir a los free-riders)⁹¹.

- Financiación de los fabricantes: Los primeros locutores de radio fueron financiados por los fabricantes de radio, que estimulaban de este modo la demanda de sus productos. Julio Cole sugiere que las industrias de hardware podrían hacer lo mismo con respecto al software: desarrollar software para estimular la demanda de sus productos hardware⁹².
- Publicidad: la mayoría de televisiones, radios, revistas y periódicos se financian básicamente a través de publicidad. En este contexto no supone un problema, antes al contrario, la ausencia de mecanismos para excluir a los no-compradores, pues no son ellos los que sufragan el bien o servicio. En un escenario sin propiedad intelectual la publicidad quizás jugara un papel más preponderante⁹³.
- Codificación y sistemas anti-copia: La codificación de la señal de televisión sirve para excluir a aquellos que no abonan una cuota. Este tipo de mecanismos de exclusión podrían extenderse en el futuro (en el ámbito de internet, por ejemplo, en emisoras digitales o bancos de música). Los productos podrían incorporar también sistemas anti-copia más sofisticados⁹⁴.
- El boicot: Puede ser un instrumento útil para enfrentarse al problema de las copias indiscriminadas y el no-respeto de la autoría. Las empresas que exploten comercialmente

⁹⁰ Friedman (1986).

⁹¹ Palmer (1989).

⁹² Cole (2001).

⁹³ Palmer (1989).

⁹⁴ *Íbid.*

las obras de otros autores sin su consentimiento, haciéndolo no obstante de forma legítima (sin violar ningún contrato), pueden ser condenadas al ostracismo por los consumidores. La historia nos muestra varios ejemplos exitosos de boicots de esta índole, por ejemplo el que organizó el Guild of Fashion Originators en los años 30 en Estados Unidos contra los estilos de moda plagiados por otros diseñadores⁹⁵.

- Suscripciones y salarios: los escritores que buscan obtener ingresos directos de sus obras encontrarán modos de venderlas si existe una demanda⁹⁶. Quizás haya un auge de las publicaciones con suscripción y se extienda el trabajo asalariado en el sector, así la remuneración de estos autores no dependería de la explotación de una obra sobre la que no se tienen garantías respecto a la exclusividad de su comercialización⁹⁷.
- Actos en directo: los conciertos, las conferencias, los coloquios... podrían convertirse en una importante fuente de ingresos alternativa para cantantes y otros artistas y escritores académicos⁹⁸.
- La copia como publicidad: La distribución masiva de copias vía directorios on-line de archivos musicales, por ejemplo, podría tener a veces incluso efectos promocionales. En abril de 2000 el álbum *Kid A* de Radiohead se había filtrado a internet tres meses antes de su lanzamiento y cientos de miles de usuarios pudieron descargárselo a través de Napster. Cuando el CD de *Kid A* salió a la venta se situó directamente en la primera

⁹⁵ Íbid.

⁹⁶ Algunos autores escriben en revistas científicas y *journals* académicos para acentuar su prestigio e incrementar así sus ingresos en otras actividades. Cole (2001).

⁹⁷ Cole (2001).

⁹⁸ Íbid.

posición de la lista de éxitos estadounidense. Radiohead nunca había figurado siquiera en el top 20, por lo que hay quien sugiere que Napster pudo haber jugado un papel análogo al de las emisoras comerciales, que estimulan la demanda de álbumes radiando masivamente las canciones⁹⁹.

Cabe señalar, por último, que el simple hecho de que bienes considerados públicos, como las emisiones televisivas o los programas de software, se produzcan en el mercado en cantidades tales que nadie alegrará que están siendo subproducidos hace temblar todo el edificio teórico de los bienes públicos. Si la teoría establece que un bien público no se producirá en el mercado o se producirá en cantidades subóptimas (y se requiere la intervención del Estado) pero la realidad evidencia que un bien que se ajusta a la definición de bien público es producido privadamente en cantidades ingentes, o la teoría está viciada o la realidad «se equivoca». No puede argumentarse, por tanto, que los inventos o creaciones no se producirán en ausencia de intervención pública (en forma de propiedad intelectual) por el mero hecho de reunir las características que los definen como bien público, pues es palmario que existen bienes con esas características cuya producción se ha demostrado increíblemente rentable y nadie considera que escaseen¹⁰⁰. Luego los que pretendan defender la propiedad intelectual parece que deben apelar necesariamente a algo más que al carácter de bien público de las ideas.

⁹⁹ Menta (2000).

¹⁰⁰ Holcombe (1997).

Patentes y compañías farmacéuticas

El caso de los medicamentos se presenta frecuentemente como ilustrativo de la necesidad de las patentes, al menos en ciertos ámbitos, para que no se detenga la innovación. Sin los monopolios legales que permiten la explotación comercial exclusiva de un nuevo medicamento no podrían rentabilizarse las vastas inversiones en investigación y desarrollo que son necesarias para inventarlo. Las farmacéuticas, prosigue el argumento, no serían capaces de producir los medicamentos deseados por los consumidores si no se les garantizasen esas rentas monopolísticas prohibiendo las copias.

Sin embargo, si los medicamentos son bienes muy valorados por los consumidores significa que las oportunidades de ganancia latentes son extraordinarias, y los empresarios son los primeros interesados en encontrar fórmulas para aprovechar estas oportunidades de ganancia excluyendo a los no-compradores o por algún otro medio. De nuevo, desde la teoría no cabe ejercer la función empresarial que lleva a descubrir modos de rentabilizar inversiones, pues se trata de una labor eminentemente práctica que corresponde a los empresarios desempeñar. Como teóricos no cabe, por tanto, hacer predicción científica alguna con respecto a las fórmulas que pudieran extenderse en el ámbito de los medicamentos en un escenario sin patentes. Dicho esto, pasemos a explorar de qué modo parece que podría innovar la industria farmacéutica en ausencia de monopolios legales.

En primer lugar, en relación con las patentes habría que sopesar si el desincentivo a la creación que generan (en el período posterior al registro de la patente) y las limitaciones que imponen sobre el uso de los conocimientos existentes (patentados) no sobrepasan el incentivo a la innovación. Según declaró Peter Ringrose, jefe científico de la empresa farmacéutica Bristol-Myers Squibb, *«la compañía no está trabajando en más de 50*

proteínas posiblemente relacionadas con el cáncer porque los titulares de las patentes no se lo permitirían o exigirían royalties excesivos»¹⁰¹. Sandy Weisburst y F.M. Scherer han estudiado la evolución de la industria farmacéutica en Italia antes y después de la introducción de las patentes y han concluido que durante la primera década desde la institución del régimen de patentes no se advirtió ningún aumento significativo de las innovaciones¹⁰². Por otro lado es preciso tener en cuenta el papel que juegan los secretos comerciales en este ámbito, así como las ventajas derivadas de ser la primera empresa en sacar al mercado un medicamento: valor publicitario y lealtad del consumidor, duplicación costosa del producto y curva de aprendizaje.

En el supuesto de que el fenómeno free-riding afecte gravemente a la industria quizás cabe considerar la posibilidad de que se llegue a producir por demanda en este sector y con respecto a ciertos productos. Puede que los consumidores paguen por anticipado una gama de medicamentos a un precio menor habiéndose aplicado un tipo de descuento, de manera que las farmacéuticas se asegurasen la rentabilización de los costes en I+D o de una parte de éstos¹⁰³. Es cierto que algunos consumidores estarán pagando por medicamentos que palian enfermedades que no tienen en ese momento, y que aquellos que tengan preferencias temporales más altas y prefieran gastar en el presente antes que invertir para el futuro no serán propensos a hacer este tipo de pagos por anticipado. Pero eso dependerá de las valoraciones subjetivas de cada individuo. Si ciertos medicamentos no llegan a producirse porque la gente decide destinar su dinero a la satisfacción de otros fines será que *ex ante* valora más destinarlo a esos fines que pagar para curar posibles enfermedades futuras.

¹⁰¹ Boldrin y Levine (2005).

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Debo esta idea a Juan Ramón Rallo.

Las farmacéuticas, como hemos señalado, también podrían firmar contratos de exclusividad por X años con las cadenas de distribución de modo que aquéllas cedieran el derecho de explotar en exclusiva sus productos en un área geográfica determinada a cambio de que las compañías de distribución no vendieran copias o genéricos de dichos productos. ¿Por qué esto no sucede hoy cuando las patentes prescriben? ¿Por qué tendrían que surgir entonces en un escenario sin patentes? Porque en un escenario sin patentes los incentivos serían distintos. En un escenario sin patentes si las cadenas de distribución no se plegaran a este tipo de arreglos contractuales quizás no se producirían medicamentos y no podrían comercializarlos. Por otro lado, las cadenas de distribución es posible que pagaran por anticipado para obtener esa exclusividad (algo parecido a lo que sucede en el mercado audiovisual con los derechos de antena: las televisiones compran un película antes de que se produzca para poder emitirla después, de modo que los productores rentabilizan así parte de su inversión).

Hay que tener en cuenta, asimismo, los costes inherentes a los controles sanitarios y de calidad impuestos por organismos públicos como la Food and Drug Administration (FDA) de Estados Unidos. Para el período 1990-1996 la comercialización de un medicamento tardaba de media casi nueve años en aprobarse, entre pruebas clínicas y otros requisitos¹⁰⁴. Los dilatados costes de este proceso se reducirían si se aboliera la FDA. La libertad de elección de los consumidores y los certificados privados de calidad (que ya están hoy bastante generalizados) ocuparían su lugar. Los organismos como la FDA no sólo son completamente prescindibles, sino que son sumamente lesivos. Los estudios indican que los perjuicios de retardar la comercialización de medicamentos efectivos (a causa de las regulaciones de la FDA) exceden con creces los beneficios derivados

¹⁰⁴ Tabarrok (2000).

de unas mejores garantías en ciertos casos¹⁰⁵. Suprimir la FDA y sus homólogos en los demás países no sólo beneficiaría a los consumidores, también eximiría a las farmacéuticas de una farragosa carga que dificulta artificialmente la rentabilización de sus inversiones.

Por último, es preciso tener en cuenta que las farmacias retienen el monopolio legal sobre la venta de medicamentos. En un mercado liberalizado los medicamentos podrían venderse, por ejemplo, en supermercados, y la competencia entre los distintos puntos de venta probablemente resultara en ofertas más atractivas para los consumidores.

MARCAS Y FRAUDE

Copiar marcas para engañar a los consumidores es ilegítimo no porque las empresas tengan un derecho de propiedad exclusivo sobre su marca particular, sino porque supone un fraude al consumidor¹⁰⁶. Coca-cola o Danone no detentan ningún derecho de propiedad sobre sus respectivas marcas, del mismo modo que nosotros no tenemos derecho de propiedad alguno sobre nuestros nombres. Si alguien decide llamarse igual que nosotros no alegaremos que está invadiendo una propiedad que nos pertenece (el nombre), luego si una empresa copia una marca tampoco puede ser acusada de infringir un derecho de la empresa original. Pero sí puede ser acusada de cometer fraude al consumidor si su propósito es engañarle.

En la transferencia de títulos de propiedad por la vía contractual tienen una importancia fundamental los condicionantes

¹⁰⁵ Se estima que de comercializarse antes los medicamentos en lugar de esperar a la aprobación de la FDA se hubiera evitado la muerte de centenares de miles de personas en Estados Unidos. Las personas que, en cambio, han salvado su vida debido a las mayores garantías del medicamento tras recibir el visto bueno de la FDA se cuentan por miles. *Ibid.*

¹⁰⁶ Kinsella (2001). Para una réplica a las tesis de Kinsella sobre las marcas véase Dun (2003). Para un réplica a las objeciones de Dun véase Kinsella (2004).

implícitos. Está claro que si traspasamos una cantidad de dinero a cambio de una manzana y nos dan una naranja alegaremos fraude porque nosotros hemos transferido nuestro dinero *a condición* de que nos den una manzana. Pero no es menos cierto que implícitamente se entiende que estamos solicitando una manzana en buen estado, no una manzana podrida o que esté envenenada. No es preciso que en cada transacción hagamos explícitos aquellos condicionantes que las partes ya asumen por convención. Cuando compramos un coche no hace falta explicitar que lo queremos con motor, las partes obviamente entienden que el motor va incluido cuando se demanda un coche. Trasladando esta idea al ámbito de las marcas, cuando compramos a una empresa que ha copiado la marca de una tercera se está cometiendo un fraude si creemos que estamos comprando a la empresa original, pues al comprar lo hacemos con la condición implícita de que se trata de la empresa original. Aquella empresa que se sirve de la reputación de una marca establecida para acaparar consumidores que creen razonablemente estar comprando en la empresa original (que es la que tiene para ellos esa reputación, esa solvencia, esa imagen determinada) está defraudando a estos consumidores¹⁰⁷. No está violando ningún derecho de propiedad de la empresa original, sino que está engañando a sus compradores haciéndose pasar por aquélla. Cuando los consumidores se dirigen a una marca concreta que conocen y a la que asocian una serie de cualidades (más abstractas o más concretas), en efecto asumen que se trata de la empresa original y no de una empresa que ha copiado la marca, por lo que en este segundo caso no se estaría cumpliendo el condicionante implícito de que se trate de la empresa original. Imaginemos que una recién creada

¹⁰⁷ Es importante señalar que la comisión de un fraude no depende enteramente de la percepción del consumidor. La expectativa del consumidor debe estar fundamentada, de modo que tenga razones suficientes para alegar que ha sido en efecto engañado / defraudado.

empresa de yogures se hace llamar Danone y utiliza su mismo logo arguyendo que la Danone original no tiene ningún derecho de propiedad sobre ese nombre. De esta manera se lucraría aprovechándose de la reputación que Danone ha acumulado durante décadas. Pero si compramos un yogur de la marca Danone no estamos pidiendo sólo un yogur que lleve impreso las letras Danone, sino un yogur que no sea venenoso, que no esté caducado etc... y un yogur que sea de la marca Danone *original*, a la cual asociamos determinadas cualidades. La gente compra el yogur de la nueva Danone por lo que asocia a la Danone original, es decir, asumiendo que es la Danone original con todo lo que esa marca conlleva. Por tanto, de la misma manera que alegaremos fraude si nos venden un coche sin motor o una manzana podrida, alegaremos fraude si una empresa copiara una marca para vendernos productos aparentando ser la empresa original.

Los consumidores están siendo defraudados si compran un bien a condición de que sea de la empresa original y en realidad es de una empresa con la marca copiada. No obstante, si compran sabiendo que no se trata de la empresa original no tiene lugar fraude alguno. El consumidor no pone en este caso la condición, ni explícita ni implícita, de que tiene que tratarse de la empresa original. Es plenamente consciente de que está comprando a la empresa que copia la marca. Si compramos un polo Lacoste copiado por un tercio del precio del original sabiendo que, en efecto, se trata de una copia, no se está cometiendo fraude alguno. La empresa original sigue vendiendo sus polos a los consumidores que quieren comprar a la empresa original, mientras que la empresa con la marca copiada vende a los que quieren (porque son más baratos o lo que fuera) comprar polos copiados. Mientras la empresa que copia no se haga pasar por la empresa original, engañando así al consumidor, todos obtienen lo que buscan y nadie está siendo defraudado.

El caso de que alguien firme su libro con el nombre de un autor famoso para así disparar sus ventas es análogo al caso de las marcas. El nombre de un autor famoso es como el de una marca. Si los consumidores compran un libro creyendo razonablemente que ha sido escrito por ese autor famoso pero en realidad no es así, están siendo víctimas de un fraude. Pero, ¿qué sucede si alguien firma con el nombre de otro autor que no es famoso? ¿Acaso no podemos firmar con pseudónimos o con nombres falsos? En tanto el consumidor no esté asumiendo como condición implícita que el libro está escrito por ese autor concreto, no se comete fraude. Si compramos un libro por su contenido, sin fijarnos en absoluto en el nombre del autor, no estamos poniendo como condición implícita de la transferencia que se trate de este autor o aquel otro. Si vamos a comprar un libro de Michael Crichton queremos que esté escrito por Michael Crichton, y en caso de que lo haya escrito Pepe Martínez y éste haya firmado con el nombre de Michael Crichton estaremos siendo víctima de un fraude. Pero si alguien firma con el nombre de un autor desconocido (o con un pseudónimo o nombre falso) de modo que nosotros no compramos el libro por su autor sino porque nos atrae el contenido o lo que fuera, no estamos contemplando la autoría como un condicionante implícito. El autor que ha puesto el nombre de otro no se está aquí sirviendo de la reputación de un tercero para engañarnos. Nosotros ni siquiera sabemos de la existencia de aquél. Por otro lado, ¿qué incentivos tiene el autor de este libro para firmar con el nombre de un autor desconocido si no va a poder aprovecharse de su fama ni de su prestigio? El autor tiene incentivos para poner el nombre de Michael Crichton y aumentar así sus ventas (lo cual constituye un fraude), pero no tiene incentivo alguno para poner el nombre de un autor desconocido en lugar de, por ejemplo, un pseudónimo. No extrae ningún beneficio de firmar con el nombre de un autor desconocido que no extraiga de firmar con pseudónimo o nombre falso,

motivo por el cual no hay razones para pensar que esta práctica vaya a generalizarse en absoluto.

Podría replicarse que sí que se produce un fraude siempre que se firma con el nombre de otro porque el consumidor siempre asume que el libro que está comprando está escrito por el que firma. Pero es dudoso que esto sea realmente así cuando a menudo compramos libros sin apenas reparar en quién los firma, lo cual puede considerarse sintomático de que en muchos casos no nos importa.

SECRETOS COMERCIALES

Un secreto comercial consiste en una información confidencial sobre una fórmula, un proceso, un modelo, un método, una compilación de datos etc. que confiere a su tenedor una ventaja competitiva en tanto permanezca secreta. Los secretos comerciales son utilizados para prevenir apropiaciones indebidas o exigir reparaciones por estas apropiaciones indebidas. En este sentido la ley en materia de secretos comerciales o empresariales no comporta ningún derecho de propiedad sobre ideas (sobre la información contenida en el secreto comercial) mientras se aplique contra personas que obtienen la información de manera ilegítima o contraviniendo sus obligaciones contractuales¹⁰⁸. Si un empleado de la empresa X revela al competidor Z un secreto comercial que contractualmente está obligado a no revelar incurre en una violación de contrato punible. La empresa competidora Z, sin embargo, no está sujeta a ningún contrato con la empresa X, y si no tiene ninguna relación con el empleado tráfuga puede disponer libremente de la información recibida¹⁰⁹. No obstante sucede con frecuencia

¹⁰⁸ Kinsella (2001).

¹⁰⁹ Más arriba hemos discutido sobre la protección contractual y como ésta sólo vincula a las partes.

que el competidor Z puede ser acusado de conspirar o actuar en connivencia con el empleado tráfuga si ambiciona el secreto comercial y sabe de la existencia de dicho empleado. Si el empleado no viola su contrato hasta que revela el secreto y la empresa competidora Z le insta activamente a hacerlo, entonces Z está siendo cómplice de la violación de contrato del empleado. El caso de la empresa competidora es análogo al del capo de la mafia que ordena un asesinato o al conductor del coche que los ladrones utilizan para huir de un robo. Tanto el capo como el conductor participan del delito aun cuando no han sido ellos los autores materiales del asesinato o del robo. En este supuesto la empresa competidora también participaría de la violación de contrato aunque fuera el empleado el que la llevara a cabo¹¹⁰.

CONCLUSIONES

En el presente trabajo hemos intentado demostrar que la propiedad intelectual no está justificada desde un punto de vista ético y que su coartada utilitarista es, en realidad, menos convincente de lo que parece. Desde una perspectiva ética se ha argumentado que las patentes y los copyrights confieren derechos de control parciales sobre la propiedad tangible de terceros, lo que atenta contra el derecho de propiedad de los poseedores naturales. Por otro lado, la propiedad emana de la escasez y las ideas no son bienes escasos. No es posible que haya conflicto con respecto a los usos alternativos de una idea porque éstos no son excluyentes, luego las ideas no pueden ser objeto de apropiación. Tampoco tiene sentido reclamar un derecho de propiedad sobre una idea que ya está en la mente de otros, pues sólo cabe ejercer tal derecho sobre aquello que podemos

¹¹⁰ Kinsella (2001).

en efecto controlar. Además, la distinción entre descubrimientos no patentables e inventos patentables y los límites temporales de las patentes y los copyrights son por entero arbitrarios. Desde una perspectiva económica-utilitarista hemos disputado que el progreso motivado por la propiedad intelectual sea tan ostensible como alegan sus valedores, y al mismo tiempo hemos señalado los ingentes costes que este tipo de regulaciones conllevan. Hemos apuntado también la posibilidad de proteger las obras artísticas y los inventos mediante contratos, distinguiéndolos de los copyrights y sus derechos reservados, que vinculan a todos y no únicamente a las partes que consienten. Asimismo se han sugerido algunas alternativas de mercado a las patentes y a los copyrights y se ha examinado en particular el ámbito de los medicamentos, que pese a constituir el ejemplo más fuerte en pro de las patentes no ha modificado nuestras conclusiones. Por último hemos defendido la legitimidad de las marcas en función, no de la propiedad intelectual, sino del fraude que supone copiarlas para engañar al consumidor, así como la legitimidad de los secretos comerciales, que protegen información valiosa de las apropiaciones indebidas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BELL, Tom (2002), «Copy Fighting», *Tech Central Station*.
<http://www.tcsdaily.com/article.aspx?id=080502B>,
8/5/2002.
- BENEGAS LYNCH, Alberto (1998), «Bienes públicos, externalidades y los free-riders: el argumento reconsiderado», *Estudios Públicos*, Chile, 71.
- BOLDRIN, Michael, y LEVINE, David (2005), «Against Intellectual Monopoly», borrador on-line:
<http://levine.sscnet.ucla.edu/general/intellectual/against.htm>, 11/11/2005.

- BROWNE, Harry (1997), «Andrew Galambos. The Unkown Libertarian», *Liberty*, noviembre.
- COLE, Julio H. (2001), «Patents and Copyrights: Do the Benefits Exceed the Costs?», *Journal of Libertarian Studies*, 15 (4), pp. 79-105.
- (2003) «Propiedad Intelectual: Comentarios Sobre Algunas Tendencias Recientes», *Revista Empresa y Humanismo*, Universidad de Navarra, 6, pp. 35-48.
- COWEN, Tyler (1993), «Public goods and externalities», *Concise Encyclopedia of Economics*, David R. Henderson (ed.).
- DUN, Frank van (2003), «Against Libertarian Legalism: A Comment on Kinsella and Block», *Journal of Libertarian Studies*, 17 (3), pp. 63-90.
- ESPLUGAS Albert (2006), «Bienes públicos: fallo del mercado o coartada del Estado», *Liberalismo.org*, <http://liberalismo.org/articulo/364/>
- EVERS, Williamson M. (1977), «Toward a Reformulation of the Law of Contracts», *Journal of Libertarian Studies*, 1 (1), pp. 3-13.
- FIELDING, Karl T. (1979) «Nonexcludability and Government Financing of Public Goods», *Journal of Libertarian Studies*, 3 (3), pp. 293-298.
- FRIEDMAN, David (1986), «Price Theory: An Intermediate Text», Cincinnati, South-Western Publishing.
- HOLCOMBE, Randall G. (1997), «A Theory of the Theory of Public Goods», *Review of Austrian Economics*, 10 (1), pp. 1-22.
- HOPPE, Hans-Hermann (1989), «A Theory of Socialism and Capitalism: economics, politics and ethics», Boston, Kluwer Academic Publishers.
- HUERTA DE SOTO, Jesús (2004), «La teoría de la eficiencia dinámica», *Procesos de Mercado: Revista Europea de Economía Política*, vol. I, n.º 1, pp. 11-71.
- KINSELLA, Stephan (2001), «Against Intellectual Property», *Journal of Libertarian Studies*, 15 (2), pp. 1-53.

- (2003), «A Libertarian Theory of Contract: Title Transfer, Binding Promises and Inalienability», *Journal of Libertarian Studies*, 17 (2), pp. 11-37.
- (2004), «Reply to Van Dun: Non-Agression and Title-Transfer», *Journal of Libertarian Studies*, 18 (2), pp. 55-64.
- (2005), «There is no such thing as a free patent», Mises Daily Article,
<http://www.mises.org/fullstory.aspx?Id=1763,7/3/2005>.
- KIRZNER, Israel (1989), «Creatividad, capitalismo y justicia distributiva», Madrid, Unión Editorial [1995]
- KRILL, Paul (2005), «Red Hat exec criticises software patents, Microsoft», *Computerworld*, 22/4/2005.
- LANDES, William y POSNER, Richard (2003), «The Economic Structure of Intellectual Property Law», Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press.
- LONG, Roderick T. (1995), «The Libertarian Case Against Intellectual Property Rights», *Formulations*, 3, 1.
- MENTA, Richard (2000), «Did Napster Take Radiohead's New Album to Number 1?», *MP3newswire.net*,
<http://www.mp3newswire.net/stories/2000/radiohead.html>, 28/10/2000.
- PALMER, Tom (1989), «Intellectual Property: A Non-Posnerian Law and Economics Approach», *Hamline Law Review*, 12, 1.
- (1990) «Are patents and copyrights morally justified? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects», *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 13, 3.
- POSNER, Richard (2006), «Pharmaceutical Patents», The Becker-Posner Blog, http://www.becker-posner-blog.com/archives/2004/12/pharmaceutical_1.html, 12/12/2006.
- ROTHBARD, Murray (1956), «Toward a Reconstruction of Utility and Welfare Economics», Auburn, The Mises Institute [2002].
- (1962), «Man, Economy and State», Auburn, The Mises Institute [2004].

- (1973), «For a New Liberty», Auburn, The Mises Institute [2002].
 - (1982), «La ética de la libertad», Madrid, Unión Editorial [1995].
- SHAPIRO, Carl y VARIAN, Hal (1999), «El dominio de la información», Barcelona, Antoni Bosh (ed.).
- SPOONER, Lysander (1855), «The Law of Intellectual Property: or an Essay on the Right of Authors and Inventors to a Perpetual Property in Their Ideas», en *The Collected Works of Lysander Spooner*, Vol. 3, Charles Shively (ed.).
- TABARROK, Alexander T. (2000), «Assessing the FDA via the Anomaly of Off-Label Drug Prescribing», *The Independent Review*, 5 (1), pp. 25-53.

Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

Ley de la Propiedad Intelectual, Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril.

Ley de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad 11/1986 de 20 de marzo.

United States Constitution, 1789.

FIVE COMMON ERRORS ABOUT DEFLATION

PHILIPP BAGUS*

Resumen: Comúnmente se considera la deflación como algo malo que hay que evitar. También los economistas se esfuerzan en estudiar cómo se puede prevenir la deflación. Este artículo analiza las razones por las cuales se considera la deflación como algo malo y refuta en este contexto cinco errores muy difundidos sobre la deflación: que la deflación causa una redistribución arbitraria, que la deflación lleva a una reducción de la producción, que una inestabilidad de precios causada por la deflación produce caos, que es la causa de paro masivo y que puede poner a la economía en una trampa de liquidez desastrosa. Se concluye que, ante estos errores, hay que revisar el análisis estándar de la deflación.

Palabras clave: deflación.

Abstract: Deflation is generally considered as an evil that must be prevented. Economists as well are focusing on the question of deflation prevention. This paper examines the reasons for why deflation is considered as bad and refutes in this context five common errors concerning deflation: That deflation leads to an unfair redistribution, that deflation induces an decrease in production, that deflation induced price instability leads to chaos, that it is the cause of mass unemployment and can put the economy in a disastrous liquidity trap. It is concluded that the standard analysis of deflation must be revised.

Key words: deflation.

Clasificación JEL: E31

(*) Universidad Rey Juan Carlos. Address: Philipp Bagus. C/ Tren de Arganda 8D 5C. 28032 Madrid (Spain). Tel.: 003465 75 13 505. E-mail: philipp.bagus@web.de.

INTRODUCTION

In contrast to inflation, which constitutes an important part of nearly every monetary theory textbook, deflation is still neglected. Sometimes in monetary theory textbooks deflation is not mentioned at all and at other times, it is just defined as the reverse of inflation in a chapter about inflation (Miller and Upton 1986, p. 363). The question why deflation has been neglected seems to have a straightforward answer: There has been a long period of inflation (Stiglitz 1993, p. 652, and Svensson 2000, p. 222). Because of this long period of inflation, almost «no one had seen actual falls in the price level as even a remote possibility. Now people do» (DeLong 1999, p. 1). Because of the developments in Japan and the fears in the Western world about deflation, the concept is now beginning to be discussed in media and academia (Tigges 2004, p. 1, and Krugman 1999, p. 1).

Interestingly, in the actual discussion, deflation is often only implicitly assumed to be bad rather than demonstrated to be bad. Economists start with this hypothesis, because they probably do not want to make «open» value judgments. So they avoid them by use of implicit assumptions (Svensson, 2000 p. 222, and Bernanke, 2002, p. 1). Assuming that deflation is undesirable, economists focus their discussion on the question if and how deflation can be prevented (Meltzer 2000, p. 71, and Goodfriend 2001, p. 1). But is this really the important question to be asked? Must not the more fundamental question be answered first? — Is deflation really undesirable and evil?

There are many fallacies concerning deflation¹, which need to be corrected before this fundamental question can be

¹ Austrian economists, as well, diverge on the subject of deflation and some even propose an arsenal of interventions to fight it (Bagus 2004).

answered. This paper will discuss the most common errors about the vital subject of deflation.

ERROR NUMBER 1:
DEFLATION LEADS TO AN ARBITRARY
AND UNFAIR REDISTRIBUTION

Economics is a value-free science. Therefore, it seems unnecessary to deal with the argument that deflation should be avoided because it leads to an unfair redistribution. Yet we will see that this argument is sometimes used implicitly and that sometimes redistribution is openly criticized. Kent provides us with a clear example of this particular error. He claims that price deflation leads to an «arbitrary redistribution» (Kent 1966, p. 458) of real income and wealth. He is right that deflation leads to a redistribution of wealth, but why would that be arbitrary and unfair? Furthermore, would that not be an ethical value statement? Kent admits that «those who previously gained are likely to lose purchasing power» (Kent 1966, p. 459). Actually, those who gain during inflation and those who lose during inflation are not necessarily the same as those who lose or gain during a deflation. The ability to profit in either situation depends upon entrepreneurial skills. In other words, people who most accurately anticipate the rise in the purchasing power of money gain from the price deflation.²

Delong (1999) claims that it is not an entrepreneurial task to anticipate price changes. Yet, this view is erroneous. Entrepreneurs try to anticipate all relevant future changes. Especially important for them are the prices of their factors of production and their selling prices. And of course, entrepreneurs

² See for instance Bernanke (2002) who states the problems for debtors who did not anticipate the deflation.

can be successful in anticipating price changes. Hence, in times of deflation, «...entrepreneurs *can* run a profitable business by bidding down buying prices or, if it is not possible, by abstaining from investment altogether» (Hülsmann 2004, p. 51).

Moreover, it must be recognized that any change in the economy has effects on the relative wealth positions of all market participants (Hülsmann 2004, p. 45). That leads us to the question: Who decides which changes on the market are arbitrary and unfair and which changes are not? Should every change be bad and therefore be prohibited by the government?

Mises (1949, p. 539) remarks on the changing world that:

In the world of reality all prices are fluctuating and acting men are forced to take full account of these changes. Entrepreneurs embark upon business ventures and capitalists change their investments only because they anticipate such changes and want to profit from them. The market economy is essentially characterized as a social system in which there prevails an incessant urge toward improvement. The most provident and enterprising individuals are driven too earn profit by readjusting again and again the arrangement of production activities so as to fill in the best possible needs of the consumers.

Yet, it could be argued that confiscatory deflation, i.e. the direct government reduction of the money supply, is arbitrary because it is not initiated on the free market. But even if we, for the sake of the argument, assume that all price deflation is somehow «arbitrary» and leads to arbitrary redistribution of real income and wealth, it does not follow that it is harmful.

Of course, a redistribution will also occur in the case of a liberating deflation that purges an unsound banking system, e.g. by an abolishment of the amnesty for fractional reserve banks for the fraud of issuing fiduciary media. Fractional reserve banking is fraudulent, since banks issue more money titles than they have money and they promise, at the same time, to redeem them on demand. A sound and non-fraudulent banking system,

is a 100% reserve system. In this case, redistribution is not an arbitrary and unfair solution for it involves justice. Every punishment of criminals or the stopping of criminal activities will bring about a loss for the criminals and their trade partners, while their victims will win.

The crucial question is: Can «unfair» redistribution be prevented by inflation, i.e. an increase in the money supply? In practice, new money created out of thin air is injected through the banking system. Therefore, there is a redistribution in favor of the banks and the connected industries and individuals which get the new money first. They profit because they have higher sums of money to bid for resources before the prices have risen. On the contrary there are people whose incomes rise only after there has been an increase in prices. Yet, why would this scenario be less unfair?

ERROR NUMBER 2: DEFLATIONARY REDISTRIBUTION DECREASES PRODUCTION

There is the argument that redistribution, which deflation causes, would be harmful (Keynes 1963, p. 177)³, because through hurting debtors, entrepreneurs, businesses and the financial system, overall production would fall. I will deal with these arguments one after another, but it should be stressed here that redistribution or changes in the wealth positions of the market participants per se do not harm production at all. The production will be different though, since those who benefit from the redistribution will have other preferences than those who suffer a loss.

³ Here Keynes interestingly himself summarizes the liberating effects of deflation and admits that the financial system would be liquidated and «Individually many of us would be 'ruined,' even though collectively we were much as before.»

The first variant of this argument states that if the price deflation was not anticipated and many debtors go bankrupt, the financial institutions of a fractional reserve system can get into difficulties (Keynes, 1963, pp. 168). Surely, it is true, loans that were given under the expectation of inflation can turn bad and harm «banks' balance sheets» (DeLong 1999, p. 6). There is also a redistribution of wealth in favor of creditors. Furthermore, it is true, that the unsound monetary system, which rests on continuous inflation and benefits those who first receive the new money and money titles, could collapse. However, a new financial system based on 100% reserve banking could emerge. It is hard to see why that would be an «adverse effect» (Bernanke 2002, p. 3) on the soundness of the monetary and financial system.

Another variant of this argument stresses that there would be redistribution at the expense of entrepreneurs. DeLong (1999) states that entrepreneurs are hurt by falling prices⁴ and therefore production falls. Bye (1944, p. 220) even states that: «When prices fall, however, the effects upon business men are very disastrous...».

Yet this view is erroneous. Price deflation can surely hurt entrepreneurs whose selling prices fall first while the prices of other goods and services they buy are still higher. Price deflation can also hurt those who have debts, but it does not hurt *all* entrepreneurs. DeLong obviously has a confused idea about the concept of entrepreneurship. Entrepreneurs try to anticipate the future prices of their products and bid for factors of production in relation to their anticipation. In this respect it is not important if general prices fall or rise. An entrepreneur can always err by expecting higher future prices for his products than will actually occur, and bidding too much for factors of production. He will, as a result, suffer losses. There is no systematical reason why

⁴ For a similar view see Keynes (1936).

entrepreneurs would err more in times of falling prices than in any other scenario.

Furthermore, in times of falling prices the essential price differential (the difference between buying and selling prices) does not necessarily fall but can actually increase and stimulate businesses if buying prices fall faster than selling prices do (Rothbard 2000, p. 17). Moreover, if the price drop is unanticipated, the real rate of return, respectively the natural rate of interest, might not change due to the increase in purchasing power of the revenues. The anticipation of falling prices, in contrast, «lead[s] to an immediate fall in factor prices» and «partial anticipation speeds up the adjustment of the PPM [purchasing power of money] to the changed conditions» (Rothbard 1993, p. 697).

Another variation of this argument sees the problem for businesses and production in the rising real debts and deterioration of balance sheets due to the collapse of asset prices (Goodfriend 2001, p. 17, and Cargill 2001, p. 116). But again, this simply leads to a redistribution that may not affect production at all. Surely, if a company rests on loans and invests in assets whose prices were inflated by credit expansion, problems can be expected. In such a case, the company's real debt might increase to such an extent that it is forced into bankruptcy and its assets would therefore be turned over to the debtors. As Rothbard (2000, p. 51) states,

It has often been maintained that a failing price level injures business firms because it aggravates the burden of fixed monetary debt. However, the creditors of a firm are just as much its owners as are the equity shareholders. The equity shareholders have less equity in the business to the extent of its debts. Bondholders (long-term creditors) are just different types of owners, very much as preferred and common stock holders exercise their ownership rights differently. Creditors save money and invest it in an enterprise, just as do stockholders.

Therefore, no change in price level by itself helps or hampers a business; creditor-owners and debtor-owners may simply divide their gains (or losses) in different proportions. These are mere intra-owner controversies.

There would merely be a change of ownership and a redistribution of the assets, from failed entrepreneurs to those who more successfully anticipated the price change. Successful entrepreneurs would now have the chance to use the assets in a way that suits better consumer wishes.

Yet, there is no need for the claim to be true that price deflation would lead to «changes in total productive activity and therefore in total output and employment» (Kent 1966, p. 458). The mere change of ownership inherent in all market economies from failed entrepreneurs to those that can satisfy consumer wants better does not have to change production. The physical integrity of the redistributed assets is not inhibited at all by the change of ownership. When, for instance, Chrysler was taken over by Daimler, it did not mean that production of Chrysler cars had to fall. In such cases, the new owners are likely to change the production somewhat if there has been mismanagement by the former owners. They might also cut back on production. However, the new owners or their hired managers might increase production, as well.

It must be admitted that every change of ownership implies some period of transition. In this period the assets of the bankrupt business are in use as well. Probably the bankrupt owner tries to disinvest and consume his capital or invest in other ventures, which leads to a different structure of production. Would it not be arbitrary to say that the needed transitional time to sort out a bankruptcy would be too long and therefore bad?

It is also important to examine the sources of the price deflation before making any predictions about changes of production. First, a price deflation caused by an increase in

productivity is indeed a result of an increase in total output. Second, a confiscatory deflation, i.e. a confiscation and destruction of money titles by the government, will flatten and shorten the structure of production due to an increase in the time preference rate (Hoppe 2001, p. 14). Third, a deflation initiated by the government through the loan market might lead to a shortening of the structure of production and therefore to reduction in total output. However, this intervention might also counteract the lengthening tendencies of a simultaneous credit expansion.

Regardless of which source is considered, a price deflation simply results in a redistribution of wealth. The preferences of the winners and losers cannot be known *ex ante*, and therefore the effects on the structure of production and output cannot be predicted. The critics are right in that a price deflation results in economic changes. For all changes in economic data correspond to a change in the economy. But they give no explanation why changes should be prevented. Nor do they explain why the changes a central bank system induces are somehow better than those made by the redistribution of wealth resulting from price deflation.

Why would inflationary redistribution lead to an increase in production? The only thing we know for sure about the inflationary redistribution is that it will change the structure of the economy. An ongoing inflation in favor of some market participants will surely prevent some bankruptcies. But in contrast, the inflation hampers those businesses and households that get the new money last because they have already faced a price structure driven up by the first recipients of the new money. While established industries might be bailed out, other companies are prevented from growing or coming into existence.

ERROR NUMBER 3:
DEFLATION-INDUCED PRICE INSTABILITY
LEADS TO CHAOS

One variant of this argument states that there must be an adjustment of the quantity of money to economic growth. This «adjustment» would prevent prices from falling. Colander (1995, p. 519) argues that «...if there's an increase in real goods but not a corresponding increase in money, there will be a shortage of money, which will hamper the economy.»⁵ Remarkable is that Colander fails to explain why it would hamper the economy.

He does not recognize that each quantity of money is optimal to fulfill the essential function of money as a medium of exchange (Rothbard 1990, p. 34). An increase in the purchasing power of money does not affect its usefulness as a medium of exchange. It is true that inflation may preserve businesses whose ventures rested on the expectation of higher priced products. In contrast, an inflation could cause harm to those businesses which had expected lower prices for their factors of production or which had lent out money.

Moreover, the proposed inflation initiated through the loan market can artificially lengthen and broaden the structure of production, by lowering the market rate of interest. Since real savings does not sustain this lengthening, the malinvestments must be liquidated at some point.⁶ The initiation and maintaining of the unsustainable boom can hardly be called a «balance.»

It is often assumed though, that price stability itself would be something desirable because it would balance the economy

⁵ See also Hahn (1956) for this argument.

⁶ For more intensive accounts of the Austrian business cycle theory see: Rothbard (1993) and idem (2002, Part I), and Mises (1953) and Huerta de Soto (2005).

(Shiratsuka, 2000, pp. 16). Therefore it is argued that «...[d]eflation is not price stability, and the absence of price stability is likely to increase information costs, interfere with the market mechanism and resource allocation, and make long-term planning more difficult» (Svensson 2000, p. 225).

It is true that with «guaranteed» price stability, long-term planning is easier. With price controls, long-term planning is the easiest and information costs are minimal. Yet, even with government intervention, price stability is not guaranteed. However, just for the sake of the argument, let us assume government interventions in voluntary exchanges are stable in the long run, reducing information costs by making planning easier. We must then ask if these minimized information costs are a good *per se*. To answer this question it must be stressed, that every government intervention limits the array of possible human actions, which economic agents regard as beneficial and, could otherwise undertake. Since there are fewer actions possible, planning becomes easier. Yet that is not an advantage from the actors' or consumers' points of view, whose satisfaction of wants become limited.

Minimized information costs are not a good *per se*. A quasi «aggregate price control» enforced by a central bank's manipulations of the money supply distorts the market prices. The reason for this is that market prices become different than those that would occur in absence of that intervention based on consumer preferences. Aggregate price controls inhibit necessary adjustments by rescuing businesses that would not be profitable without the manipulation of the money supply. If the new money flows in the loan market, there might be a misplanning in the form of malinvestments. «Businessmen, in short, are misled by the bank inflation into believing that the supply of saved funds is greater than it really is» (Rothbard 2000, p.5). Actually, the resulting boom bust cycles make long-term planning more difficult.

In any case, there is no explanation why free market prices are bad and price controls good. As Mises (1953, p. 416) pointed out: «All plans to render money neutral and stable are contradictory. Money is an element of action and consequently of change.»

Surely resources are allocated differently if there is government intervention. But it is hard to see how free market price changes interfere with the market mechanism and resource allocation. Preventing price adjustments by inflation-targeting will make necessary readjustments slower, if the structure of production has been distorted. When the malinvestments become obvious, entrepreneurs might not even cut back production, because they rely on the central bank to fight price deflation.

ERROR NUMBER 4: DEFLATION LEADS TO MASS UNEMPLOYMENT

This argument states that because wages are sticky, price deflation leads to a rise in real wages and therefore unemployment (Keynes 1936, p. 291, and Svensson 2000, p. 225). Yet, unemployment is not the consequence of a price deflation. Unemployment can only have two causes. First, the unemployment is voluntary and the worker does not want to work for the wage which an employer is willing to pay for his work. Or, in the second case, it is impossible for the worker to accept what would have been the employer's offer because of government interventions (minimum wage laws and union monopoly). If the nominal wage an employer is willing to offer declines because of a price deflation there will only be voluntary unemployment or unemployment caused by government intervention.

It is true that «contracts cannot be varied constantly», to reflect price changes; therefore, «costs tend to follow prices

with some interval.» It should be stressed that «...contractually fixed prices...are, in themselves, in no sense price rigidities. They concern agreements about the division of the value of output.» Hence they can lead to a «speculative gain to the one party and speculative loss to the other» (Hutt 1995, p. 401). Therefore, there can be constant changes in real wages (and all other real factor incomes), but there is no systematic economic law that would say that these changes are always real wage increases. It is also possible that the parties of the wage contract will overestimate the price deflation. In this case real wages would fall. Both employers and employees anticipate future prices and take them into account when they make long-term contracts. Surely they can err, but in both directions, while general prices are falling or rising.

In any case, inflation is not a remedy against overly high real wages due to union privileges, since unions might try to anticipate the changes in the price level. In doing so, they may also overestimate the price inflation. If they overestimate the price inflation, there might be more unemployment than before (Röpke 1995, p. 378, and Hutt 1995, p. 400).

ERROR NUMBER 5:
PRICE DEFLATION CAN PUT THE ECONOMY
INTO A LIQUIDITY TRAP, I.E. A DISASTER

A liquidity trap is «a situation of several years with persistent deflation, deflationary expectations, zero interest rates, and ineffective monetary policy» (Svensson 1999, p. 222). Later on Svensson gives a valuation of the liquidity trap: «Still, given the potential harm a liquidity trap may cause,..., prepare for the worst.» How does he come to this conclusion?

In a liquidity trap, goes the argument, the typical Keynesian stimulation, — i.e. an increase in the money supply, which

«leads to a lower interest rate, which [in turn] leads to higher investment and hence greater aggregate spending,» (Krugman 1999, p. 2)⁷ — does not work anymore. This is because in an economy in a liquidity trap, the interest rate, already near zero, cannot be lowered and there is virtually no investment.. Open-market operations cannot increase investment, since «the private sector just holds the increased monetary base instead of bonds» (Svensson 1999, pp. 223).

Foreign exchange interventions are probably ineffective as well, since foreigners who believe in a further appreciation of the currency will also simply keep the new money. That explains why «both Europe and the United States fear that they too may fall into liquidity trap» (Krugman 1999, p. 2).

There are so many errors in that argument that its critique must be split up.

One part of the argument is that, if the nominal interest rate is close to zero, a deflation will lead to high real interest rates (Delong 1999, p. 6, and Taylor 2001, p. 41), because the nominal interest rate cannot become negative. So if the deflation is expected to go on, «the real costs of borrowing become prohibitive.» That «poses special problems for the economy and for policy» (Bernanke 2002, p. 3) because investments and spending decline.

Rothbard refutes the argument that there are overly high real interest rates and states that the natural rate of interest, i.e. the essential price differential, need not to be changed by a general expectation of falling prices. «...[T]o the extent that [deflation] is anticipated, [entrepreneurs] will hold money rather than buy factors. This will *immediately* lower factor prices to their expected future levels...» (Rothbard, 1993, p. 694).

⁷ This Keynesian reasoning is wrong, because an increase in the money supply through the loan market does not lead to more investments in form of real resources, but to malinvestments of these resources and higher nominal spending.

Partial anticipations accelerate the adjustment of the prices and reduce the purchasing-power component of the market interest rate. Of course, if not all entrepreneurs anticipate a price deflation, there could be loans with a positive nominal interest rate.

Therefore, a nominal interest rate close to zero in times of an anticipated deflation does not prohibit borrowing nor investing, since investments are determined by the natural rate of interest, i.e. the individual time preferences on the market (see Rothbard 2000, p. 40).

Another part of the liquidity trap argument is that spending gets postponed because of the deflationary expectations (Cargill 2001, p. 116). Again, this postponing of spending, i.e. speculation, would accelerate the price deflation to the expected level and speed up adjustments. This «hoarding» would lead to the desired increase in real cash balances through falling prices without any change in real income, if the consumption/investment proportion stays the same. «Furthermore, the demand for money could not be infinite,» (Rothbard 1993, p. 692) because everyone must consume sometime.

Another feared feature of the liquidity trap is that since the nominal interest rates are close to zero and due to the high real interest rates, the central bank has lost its power to use credit expansion to «stimulate aggregate demand» (Bernanke 2002, p. 3).⁸ Strangely enough, that is supposed to be an argument against price deflation. In the eyes of the central bank, redistribution of wealth by credit expansion has become useless. Therefore, the central bank, in fact, might abstain from

⁸ See also Svensson (1999, p. 225): «Fourth, and arguably equally important, the ineffectiveness of monetary policy removes all possibilities of using monetary policy for stabilization purposes.» It is hard to see why that would be bad, since «monetary policy for stabilization purposes» simply stands for interfering with market adjustments. And from the assumption that monetary policy making in times of deflation might be complicated does not follow that deflation is bad and must be prevented.

promoting further credit expansion. In this case, there will be no further distortions of the structure of production. Hence, there will not be further malinvestments that are ultimately doomed to be liquidated. In other words, the central bank will not initiate a boom bust cycle anymore.⁹

The economist who fears the liquidity trap because it hampers the opportunities of a central bank to «stimulate» the economy, does not see that in addition to its distributional effects, an increase in the money supply can only lead to an artificial lengthening in the structure of production. This distortion must be corrected by the liquidation of the malinvestments sooner or later.

CONCLUSION

There are widespread errors about deflation in the literature and in the general public as well. These errors have led to a strong anti-deflationary bias, even to a deflation phobia, which is, as we have seen, theoretically ungrounded. This bias has prevented a neutral evaluation of deflation. Therefore, an intensive new study of deflation seems to be necessary. In past studies the wrong questions were asked, i.e, how and if deflation can be prevented. These studies did not consider the more fundamental question, if there is something inherently bad in deflation. The five common errors discussed here do not hold as proof that deflation should be prevented. These five arguments do not prove that there is something inherently bad in deflation. Rather, the case can be made that deflation can be a fast, direct, smooth, and ethical means to a sound monetary system, by purging an unsound banking system and unsound investments.

⁹ Most writers still see a way to expand credit and get out of the liquidity trap. Finding a way out of the liquidity trap is actually the task that most writers want to solve. See for instance Goddfriend (2001, p.24) and Cargill (2001, p. 131).

Yet, in order to make this case, the theoretical analysis of deflation and the refutation of the fallacies concerning deflation should come first. In any case, every economist, especially he who deals with monetary policy or proposes monetary reforms, must abandon these common errors about deflation.

ACKNOWLEDGEMENTS

I would like to thank Dr. Jörg Guido Hülsmann for his great help. I also would like to thank Dr. Stefan Kooths, Dr. Guido Zimmermann, Prof. Dr. Manfred Borchert and Prof. Dr. Wolfgang Ströbele for their helpful comments.

REFERENCES

- BAGUS, Philipp (2004), «Deflation – When Austrians become Interventionists», *Quarterly Journal of Austrian Economics*, 6 (4), pp. 19-35.
- BEERNANKE, Ben S. (2002), «Deflation: Making Sure “It” Doesn’t Happen Here», speech before the National Economists Club. Washington, D.C. November 21, 2002.
- BYE, Raymond T. (1944), *Principles of Economics*, 4th ed., F.S.Crofts & Co: New York.
- CARGILL, Thomas F. (2001), «Monetary Policy, Deflation, and Economic History: Lessons for the Bank of Japan», *Monetary and Economic Studies (Special Edition)*, Institute for Monetary and Economic Studies, Bank of Japan.
- COLANDER, David C. (1995), *Economics*, 2nd ed., Irwin: Chicago.
- DELONG, Bradford J. (1999), «Why We Should Fear Deflation», *Brookings Papers on Economic Activity*. March 25-26, 1999. Post-meeting draft.

- GOODFRIEND, Marvin (2001), «Financial Stability, Deflation, and Monetary Policy», Federal Reserve Bank of Richmond Working Papers No. 01-01.
- HAHN, Albert L. (1956), *Common Sense Economics*, Abelard-Schumann: New York.
- HOPPE, Hans-Hermann. (2001), *Democracy The God That Failed*, Transaction Publisher: New Brunswick, New Jersey.
- HUERTA DE SOTO, Jesús (2005), *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, 3rd ed., Unión Editorial: Madrid. English edition, *Money, Bank Credit and Economic Cycles*, Ludwig von Mises Institute: Auburn, Alabama (2006).
- HÜLSMANN, Jörg G. (2004), «The Optimal Quantity of Money», *Quarterly Journal of Austrian Economics* 6 (4), pp. 61-72.
- (2003), «Deflation and Liberty», unpublished manuscript.
- HUTT, William H. (1995), «The Significance of Price Flexibility», pp. 386-404 in: H. Hazlitt (Ed.), *The Critics of Keynesian Economics*, The Foundation for Economic Education: New York.
- (1979), *The Keynesian Episode*, Liberty Press: Indianapolis.
- KENT, Robert P. (1966), *Money and Banking*, Holt, Rinehart and Winston Inc.: New York-Chicago-San Francisco-Toronto-London.
- KEYNES, John M. (1963), *Essays in Persuasion*, The Norton Library: New York.
- (1996), *Breve tratado sobre la reforma monetaria*, Fondo de Cultura Económica: México.
- (1936), *The General Theory of Employment Interest and Money*, Harcourt, Brace & World, Inc: New York.
- KRUGMAN, Paul (1999), «Can Deflation Be Prevented»: <http://web.mit.edu/krugman/www/deflator.html>.
- MELTZER, Alan H. (2000), «Monetary Policy In The New Global Economy: The Case of Japan», *Cato Journal*, Vol. 20, No. 1.

- MILLER, Merton H., and UPTON, Charles W. (1986), *Macroeconomics: a Neoclassical Introduction*, University of Chicago Press: Chicago.
- MISES, Ludwig von (1949), *Human Action*, Yale University Press: New Haven.
- (1981), *Theory of Money and Credit*, LibertyClassics: Indianapolis.
- RÖPKE, Wilhelm (1995) «The Economics of Full Employment», pp. 362-386 in: H. Hazlitt, *The Critics of Keynesian Economics*, 2nd ed., The Foundation for Economic Education, Inc.: New York.
- ROTHBARD, Murray N. (1990), *What Has Government Done to Our Money?*, 3rd ed., Mises Institute: Auburn, Alabama.
- (1993), *Man, Economy, and State*, Mises Institute: Auburn, Alabama.
- (2000), *America's Great Depression*, Mises Institute: Auburn, Alabama.
- SHIRATSUKA, Shigenori (2000), «Is there a Desirable Rate of Inflation?», *IMES*, Discussion Paper No. 2000-E-32, Bank of Japan.
- STIGLITZ, Joseph E. (1993), *Economics*, 1st ed., W. W. Norton & Company: New York-London.
- SVENSSON, Lars E. O. (2000), «How Should Monetary Policy Be Conducted in an Era of Price Stability?», Working Paper, NBER, No. w7516.
- TAYLOR, John B. (2001), «Low Inflation, Deflation, and Policies for Future Price Stability», *Monetary and Economic Studies* (Special Edition), Institute for Monetary and Economic Studies, Bank of Japan.
- TIGGES, Claus (2004), «Das Märchen von der Deflation»: <http://www.faz.net/s/RubEC1ACFE1EE274C81BCD3621EF555C83C/Doc~E67E3D2BA15CE440297173EB41B790031~ATpl~Ecommon~Scontent.html>.

EL ESPEJISMO DE LA EFICIENCIA ECONÓMICA

IGNACIO DE LEÓN*

Resumen: Existe un consenso internacional creciente acerca de la necesidad de impulsar la eficiencia económica como principio rector de la formulación de políticas públicas en el campo económico, especialmente para promover la transición de las economías de países en desarrollo hacia los mercados. Este ensayo objeta las premisas intelectuales que sustentan esa creencia, y expone por qué la eficiencia económica representa un criterio normativo de asignación de los recursos sociales que obstaculiza el proceso creador de los mercados. Dadas las condiciones utópicas bajo las cuales se construye dicho cálculo de coste-beneficio de bienestar social, no es posible su aplicación normativa para juzgar la conducta de los empresarios en los mercados. La eficiencia económica deja de lado todo contacto con la dinámica evolutiva, renovadora y creadora de los mercados. Por ello, distrae la atención del regulador hacia problemas irrelevantes para la promoción del libre mercado. Empleando las ideas de proceso de mercado de F.A. Hayek, I. Kirzner y G.B. Richardson, este ensayo muestra que el desarrollo de inversiones en los mercados, base del crecimiento económico, está ligado a que los empresarios obtengan la información útil que necesitan para hacer inversiones. Se muestra de qué manera las políticas de competencia, al fundarse en una visión epistemológica estructural y estática de los mercados, terminan por distorsionar su propia finalidad de políticas públicas.

Palabras clave: Eficiencia económica, políticas públicas.

Abstract: There is an international growing consensus about the need of promoting economic efficiency as the yardstick of modern economic policymaking, especially in the promotion of market transition in developing countries. This essay objects the supporting premises of such assumption. It exposes why economic efficiency represents a normative criterion for the assignment of social resources which undermines markets' creative functioning. Given the utopian founding premises within which such

(*) Abogado, LL.M., M. Phil., Ph.D. Ex Superintendente de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia de Venezuela.

social welfare cost-benefit analysis is built, its enforcement cannot be meaningfully applied to judge entrepreneurs' market conduct. Economic efficiency leaves aside all connection with the creative evolutionary dynamics of markets. Because of this, it diverts the attention of regulatory authorities into policy problems which are irrelevant, even counterproductive, for the promotion of free markets. By applying market process ideas expounded by F.A. Hayek, I. Kirzner and G.B. Richardson, this essay shows that investment promotion, which is the very foundation of economic growth, is linked to entrepreneurs' seizure of useful information which they need to undertake their investments. This essay shows how competition policies, by grounding their views in a structural and static vision of markets, end up distorting their very policy purpose.

Key words: Economic efficiency, public policies.

Clasificación JEL: B53, D61, D83, D84

I. INTRODUCCIÓN

Este ensayo explica el papel normativo desempeñado por la «eficiencia económica» en la aplicación de las políticas de competencia, así como sus limitaciones. Se pretende con ello, arrojar luces sobre el papel que desempeñan los valores, la ideología e instituciones en la regulación económica, tal como es aplicada modernamente, y los desafíos prácticos que presenta el diseño de políticas públicas para la adopción de políticas orientadas a la promoción del mercado como estrategia central del desarrollo económico.

Existe un consenso creciente acerca de la necesidad de incorporar la eficiencia económica y la competencia como principios rectores de la formulación de políticas públicas en el campo económico, a todo nivel.¹ Esto supone el triunfo nominal

¹ Véase Crampton (2004).

de aquellos que defienden la asignación de los mercados sobre la planificación estatal como motor del desarrollo económico.

Así, en comparación con las viejas políticas de distribución para el desarrollo aplicadas en América Latina, la asignación «eficiente» pone los recursos sociales en las manos de aquellos que más los valoran. Esto asegura el funcionamiento óptimo del mercado, siempre y cuando no medien costes de transacción. De acuerdo con esta perspectiva, la eficiencia económica proporciona una referencia normativa «objetiva e imparcial» desde la cual es posible proponer asignaciones de recursos que incrementan el bienestar social sin riesgo de interferirlas por consideraciones distributivas que, por su indefinición concreta, tienden a elevar la discrecionalidad gubernamental en aras de alcanzar una nebulosa equidad. Esta suele ser la visión que prevalece en la actualidad en los programas de reforma estructural practicados en los países en desarrollo.

Este ensayo cuestiona esta visión autocomplaciente, al afirmar que el estándar convencional de eficiencia económica posee deficiencias epistemológicas graves que anulan su valor como punto de referencia para la implementación de las políticas públicas. Este es el caso, particularmente, de las políticas de competencia, donde la aplicación del criterio de eficiencia económica puede incluso frustrar la dinámica competitiva de los mercados.

La eficiencia económica normativa (y su concepto correlativo, el modelo de competencia perfecta) tiende a desempeñar en el análisis de los mercados un papel semejante al de la ideología en los asuntos sociales, a saber, presenta al analista con un estándar normativo utópico que es imposible satisfacer; por lo que todas las transacciones aparecen como casos graves o leves de «imperfección de mercado» que deben ser intervenidos. Un estándar así concebido no proporciona la información que el regulador necesita para construir instituciones

estables de mercado; por el contrario, lo invita intervenir en todo momento. Se trata, por lo tanto, de un estándar normativo que carece de toda utilidad práctica para ser referencia en la aplicación de políticas públicas, dado que su concepción es, desde una perspectiva epistemológica, insostenible.

Por esta razón, el espejismo de la eficiencia económica constituye un hábito de pensamiento en el investigador económico (independientemente de su posición en el caso que ha de juzgar: analista técnico, comisionado-autoridad de competencia, abogado litigante, empresa investigada), hacia problemas que nada tienen que ver con la construcción de instituciones que permitan fortalecer los mercados, que es lo fundamental para los países en desarrollo, y la razón de ser —si es que existe— que está detrás de la introducción de políticas de competencia.

La idea de que la visualización de las políticas públicas sobre los mercados está condicionada por los hábitos de pensamiento fue propuesta por F. A. Hayek: «Me parece que muchas de las controversias actuales sobre teoría económica y política pública tienen en común un malentendido sobre la naturaleza del problema económico de la sociedad. A su vez, este malentendido se debe a una aplicación errada sobre los fenómenos sociales de los hábitos de pensamiento que hemos desarrollado en el análisis de los fenómenos de la naturaleza.»² Estos «hábitos de pensamiento» han sido un factor decisivo de la percepción predominante entre los economistas sobre los fenómenos sociales, lo que vino a influenciar la dirección que habrían de tener las políticas públicas destinadas a fortalecer los mercados, especialmente a partir de la década de 1980, con la apertura económica producida en el mundo.

En Latinoamérica esta disyuntiva igualmente se materializó cuando se abandonaron las antiguas políticas «desarrollis-

² Hayek (1948), p. 78.

tas» y fueron reemplazadas por una estrategia más conforme al mercado. En ese momento adquirió sentido adoptar una legislación y unas políticas de competencia dirigidas a estimular la apertura de los mercados. Desde luego, siguiendo a Hayek, el sentido de estas políticas vino a estar dado, más allá de la retórica a favor de los mercados, por el entendimiento o comprensión de éstos en la mente de los encargados de diseñar las políticas de apertura económica. En última instancia, este vino a ser el factor determinante en la concepción de la nueva estrategia de crecimiento.

Por ello, conviene indagar con un poco más de profundidad en la esencia de las ideas acerca de la competencia y los mercados, según la visión predominante en el momento de producirse la apertura económica en Latinoamérica.

II.

EL ENFOQUE TRADICIONAL DE LAS POLÍTICAS DE COMPETENCIA: EL ROL NORMATIVO DEL MODELO DE COMPETENCIA PERFECTA (O EFECTIVA)

Para entonces, la agenda tradicional de las políticas de competencia había estado orientada a la búsqueda del Bienestar del Consumidor, procurando la asignación óptima eficiente de los recursos sociales escasos. Este enfoque de política de competencia, asociado con la Escuela de Chicago,³ fue concebido a lo largo de un proceso que se inició con la evolución jurisprudencial por los tribunales estadounidenses en aplicación de la Ley Sherman (1890) y otras sucesivas leyes pertenecientes al régimen antitrust, proceso éste que se vio complementado por los avances en la teoría económica de los mercados,

³ Bork (1978).

especialmente en los trabajos de Chamberlin y Robinson hacia la década de 1930, sobre la competencia monopolística, trabajos éstos que derivaron hacia evaluaciones empíricas sobre las condiciones «imperfectas» de los mercados, y eventualmente, la importancia de las barreras a la entrada en la determinación de condiciones de competencia.

La visión convencional inicialmente dio lugar a una serie de intervenciones «estructurales» en el mercado dirigidas a atenuar lo que era percibido como una indebida concentración de poder económico, como se desprende de casos emblemáticos tales como Alcoa, Brown Shoe, y otros.⁴ Esta visión asociada con la llamada Escuela de Harvard, fue posteriormente abandonada, al surgir evidencia empírica que claramente relacionaba la concentración con otras explicaciones distintas de la búsqueda de ganancias monopólicas, tales como la realización de eficiencias económicas superiores. La explicación inicial según la cual la causalidad entre estructura y conducta es unidireccional fue reemplazada posteriormente por visiones «dinámicas» del problema, las cuales consideraban la concentración como resultado de estrategias corporativas⁵ sin otra finalidad que la generación de eficiencias económicas.⁶

Incluso, bajo la teoría de los «mercados contestables», lo esencial no es tanto la concentración como la existencia de barreras al ingreso o a la salida.⁷ A partir de estas ideas, se ha ido consolidando un consenso en la aplicación de las políticas de competencia aplicadas internacionalmente. Según este consenso, una política de competencia debe procurar esencialmente disciplinar las empresas participantes en el mercado, cuyo comportamiento habría de corregir «fallos

⁴ Bork, op. cit.

⁵ Caves y Porter (1977).

⁶ Demsetz (1982), pp. 386-393.

⁷ Baumol, Panzar y Willig (1982).

de mercado» cuya aparición haría caer los mercados en equilibrios sub-óptimos, y, por tanto, normativamente indeseables.

Por tanto, bajo esta visión *estructural y estática* asociada con la competencia como fenómeno de mercado se plantea una relación entre el comportamiento de las empresas con la estructura más o menos concentrada de los mercados.

Esta visión ha quedado recogida en el llamado «Paradigma S-C-P» (Structure- Conduct-Performance). Mientras más concentrados, en principio, cabe esperar que las prácticas restrictivas de la rivalidad en ellos sea la expresión de una intención monopolística por extraer rentas de un consumidor inerme.

Elementos tales como las barreras que hacen inviable la presencia de innumerables competidores en el mercado alejan los mercados «reales» de la competencia perfecta. La intervención del Estado es necesaria entonces para «acercar» la realidad «imperfecta» a una situación de mercado más «cercana» al equilibrio, y por tanto, a la asignación eficiente de los recursos.

He aquí el punto de partida del problema aquí examinado. Los defensores del criterio de eficiencia económica y el Bienestar del Consumidor como objetivos normativos de las políticas públicas de competencia presuponen que los mercados habrán de funcionar de modo óptimo cuando se comporten de modo semejante a los postulados del modelo de Competencia Perfecta. Como señalan Dorfman, Samuelson y Solow: «La perspectiva teórica estandar de la política económica se ha basado en el concepto de eficiencia de Pareto, y de modo igualmente fundamental, en la afirmación de que 'todo equilibrio competitivo es un óptimo de Pareto; y todo óptimo de Pareto es un equilibrio competitivo.»⁸ Una consideración similar es

⁸ Dorfman, Samuelson y Solow (1958), p. 410.

aplicable al modelo de Competencia Efectiva, que, dadas las exigencias de sus supuestos, es simplemente un relajamiento de aquél, a fin de «acercarlo a la realidad.»

Klein enfatiza la importancia del modelo de competencia perfecta en el análisis antimonopolio, de la siguiente manera: «... de todas las herramientas analíticas que comprende la economía política contemporánea, quizás el más importante para el economista es el modelo de Competencia Perfecta.»⁹ De igual manera, Clark argumenta: «El concepto de ‘competencia perfecta’ ha recibido por primera vez una definición y elaboración específicas. Con ello ha devenido la convicción de que la ‘competencia perfecta’ no puede existir y presumiblemente nunca ha existido (...) Lo que ha quedado es un estándar irreal o ideal que puede servir de punto de partida para el análisis y una norma con la cual comparar las condiciones competitivas de la realidad. También ha servido como un estándar por el cual éstas se pueden juzgar.»¹⁰

Finalmente, en relación con este modelo, Hayek observó: «Este caso ideal (...) vino a ser considerado como el modelo, y fue empleado como el estándar por el cual se habría de juzgar el desempeño de la competencia en el mundo real.»¹¹ Es claro entonces que nuestro objeto de análisis es el Modelo de Competencia Perfecta, en tanto representa el estándar normativo esencial de la política de competencia con el cual se evalúan las transacciones de mercado. Las consideraciones de este análisis son igualmente extensibles al modelo de Competencia Efectiva, por las mismas razones epistemológicas que inmediatamente se examinarán.

La visión tradicional no toma en cuenta los costes de información en que ha de incurrir la autoridad estatal para lograr

⁹ Klein (1990), p. 420.

¹⁰ Clark (1940), p. 241.

¹¹ Hayek (1976), p. 66. Un análisis reciente sobre el uso de la competencia perfecta como estándar normativo se encuentra en Burton (1994).

el equilibrio óptimo de los mercados. Tampoco considera la crítica epistemológica, más profunda, que cuestiona el intento de comparar conductas «reales» de mercado con situaciones «ideales» expresadas en modelos.

El interés de la eficiencia económica como concepto normativo está relacionado en última instancia con la consecución de estados de bienestar social a través de la intervención pública. Esta pretensión descansa en la idea de que el investigador puede tener una perspectiva cabal de toda la complejidad de factores que caracteriza la realidad social, y manipular estos factores de tal manera que sea posible alcanzar el Bienestar Social. Sin embargo, a fin de alcanzar este objetivo, los analistas deben cumplir con dos condiciones.

En primer lugar, deben poseer las herramientas analíticas adecuadas para entender y valorar la realidad correctamente; a tal efecto emplean «modelos» de mercado que les permiten capturar la esencia de las fuerzas de mercado. En consecuencia es necesario explorar más en detalle la naturaleza de estos modelos, lo que realmente ellos representan en el análisis, y por supuesto, cuáles son sus grietas epistemológicas, a fin de poder comprender las limitaciones que contiene el análisis convencional de los mercados, aplicado en las políticas de competencia.

En segundo lugar, para alcanzar el Bienestar Social, los analistas deben estar en capacidad de identificar la «condición óptima» de los mercados; esto es, los costes que el sistema social (gobierno y empresas) debe soportar a fin de alcanzar este punto ideal. Es dudoso que una situación pueda calificarse de «óptima» si el coste para hacerla realidad es superior a los beneficios que resultan de ella. No obstante, el investigador suele asumir que éste es un ejercicio sin coste alguno; esta creencia nace de la suposición de que el objetivo de la política pública es construir un mundo sin costes.

Estas dos suposiciones están sólidamente ancladas en la mente de los investigadores económicos. Se asume la visión cartesiana de que la realidad es una entidad objetiva, localizada fuera de la mente, que puede ser completamente apprehendida y entendida;¹² lo cual conduce a los responsables de las políticas públicas a un ejercicio dominado por lo que Hayek calificara como «Pretensión de Conocimiento»,¹³ donde la «condición óptima», el «Bienestar Social», y otros sinónimos alusivos a la Utilidad Social aparecen como accesibles, convirtiéndose de este modo en un imperativo moral que los responsables de las políticas públicas están obligados a hacer realidad.

III.

LA PRIMERA CRÍTICA: LA FALACIA DE NIRVANA

La visión de Nirvana es semejante a la idea de la «Justicia Perfecta» que propone Richard Epstein.¹⁴ Para ser alcanzada, la Justicia Perfecta requiere eliminar el error en cada caso individual, independientemente de los costes en que haya que incurrir para hacer esto posible.¹⁵ Del mismo modo, Sowell refiere el concepto de «Justicia Cósmica», esto es una justicia que es gratuita, sin coste, y que calibra la posición de bienestar individual de cada sujeto en la sociedad, a fin de igualar

¹² Hayek (1973). También, de una manera brillante, Karl Popper contradijo la creencia de que la mente es una «caja» que recibe información o «data» del mundo exterior a través de los sentidos. En realidad, el «conocimiento» es construido a través de la interpretación continua que el observador hace de la realidad que le rodea, de acuerdo con su entendimiento (y valores) y percepción auto creada. Véase Popper (1990).

¹³ Conferencia magistral con ocasión de recibir el Premio Nobel de Economía en 1974.

¹⁴ Epstein (1995).

¹⁵ Epstein (1995), p. 38.

su condición a la del resto de los individuos. Sowell critica este ejercicio, sobre la base de que es imposible visualizar un estándar ideal de igualdad que pueda satisfacer la condición de cada individuo por igual, dado el coste que semejante ejercicio supone. Así, «con la justicia, al igual que con igualdad, la pregunta no es si más de ella es mejor, sino si es mejor a cualquier costo».¹⁶

En la visión de Sowell, «aquellos que pretenden alcanzar la Justicia Cósmica tienden a suponer que tendría como consecuencia aquello que ellos desean; esto es, que las personas sujetas a las políticas gubernamentales serían como piezas en un tablero de ajedrez que podrían ser movidas de un sitio para otro, a fin de ejecutar un gran diseño social, sin consideración alguna a las propias reacciones.»¹⁷

En el campo de la ciencia económica predomina una forma de pensamiento semejante, esto es, se da por sentado que la Autoridad puede alcanzar el Bienestar Social a partir de las manipulaciones que introduce en el comportamiento de los agentes económicos que se «desvían» del ideal de competencia perfecta. El modelo de Competencia Efectiva aplica la misma lógica, a saber, que en nuestras mentes podemos concebir situaciones que nos permiten apreciar cómo las cosas podrían ser diferentes si no viviéramos en un mundo lleno de fallos de mercado.

Sin embargo, el coste que es necesario asumir para alcanzar un estado «deseable», es inevitable en cualquier ejercicio de política pública (o de la vida). Por ello, quizás convenga distinguir lo «deseable» de lo «utópico», y aclarar que la condición «ideal» de los modelos es una simple referencia al anclaje de los mismos en las «ideas», y no a su condición de referencia normativa, u objetivo «deseable» a alcanzar. Los estándares ideales-utópicos

¹⁶ Sowell (1999), p. 27.

¹⁷ Id. at 40.

dejan fuera del análisis el coste de adquirir la información que se requiere para poder alcanzar la condición deseada. Éste es un coste social, tanto para las empresas como para la autoridad gubernamental. Contrastar la realidad con la condición utópica del Nirvana no toma en cuenta los costes en que los miembros de la sociedad deben incurrir en a fin de llevar adelante sus inversiones y decisiones productivas, como veremos enseguida. Estas decisiones de inversión (o de abstenerse de invertir) nunca tendrían lugar, y por tanto, no podrían ser consideradas como parte del análisis regulatorio, *in abstracto*, sino que sólo pueden producirse una vez que los inversionistas han internalizado sus costes.

Demsetz se refirió a esta manera de pensar como la «Falacia del Nirvana», es decir, el error intelectual de considerar que podemos alcanzar un mundo de perfección dejando de lado lo difícil que para el investigador, la autoridad pública, etc., es conseguir la información necesaria para que la condición deseable efectivamente acontezca, e igualmente, ignorando los costes que han de soportar los empresarios a fin de poder hacer la información accesible; información que precisamente requieren para poder llevar el sistema, de una situación de desequilibrio, a una condición de equilibrio eficiente.

Evidentemente, la inclinación de los que caen en esta trampa intelectual es, como gráficamente afirmaba Demsetz, «creer que el jardín del vecino siempre es más bonito que el de uno». Así, comparado con el Nirvana, la realidad siempre parece estar plagada de «fallos de mercado».¹⁸

Éste es un hecho del mundo real que los reguladores simplemente no pueden ignorar. Considérese el siguiente ejemplo. Imaginemos, que visitamos un gimnasio infantil y le preguntamos a los niños si están dispuestos a hacer los sacrificios

¹⁸ Tal como fuera expuesto por Demsetz (1969), «the neighbor's garden always looks greener».

necesarios para convertirse en campeones olímpicos el día de mañana. Posiblemente obtengamos muchas respuestas positivas, a pesar de que en realidad quizás solamente uno de cada 10.000 gimnastas esté dispuesto a pagar el precio que se requiere para convertirse en un campeón olímpico. El análisis de eficiencia supone que siempre estaríamos mejor si solamente preguntáramos a los gimnastas si ellos están dispuestos a sacrificarse para llegar hasta las Olimpiadas, y después designar aquellos que han sido más enfáticos en manifestar su deseo para llegar al equipo olímpico.

En opinión de aquellos que promueven esta forma de pensar, este ejercicio intelectual ciertamente ahorraría todo el tiempo que requiere hacer un costoso entrenamiento. Por su parte, la realidad «falla» porque hay muchos gimnastas que gastarían tiempo de entrenamiento a pesar de que solamente unos pocos tendrían la posibilidad de llegar a las Olimpiadas; muchos quedarán en el camino, y esto representa en la visión convencional de eficiencia un coste social inútil.

IV.

LA SEGUNDA CRÍTICA: LA INCONSISTENCIA LÓGICA DEL MODELO DE COMPETENCIA PERFECTA PARA APORTAR CRITERIOS NORMATIVOS SOBRE EL MERCADO

En el mundo de los negocios, la comparación entre un ideal de perfección y el mundo de los negocios deja al regulador con la impresión permanente de que cualquier conducta en los negocios que suponga un mínimo grado de cooperación es sospechosa de subvertir la competencia (perfecta o efectiva), puesto que los empresarios incurren en costes limitando sus propias posibilidades de acción, esto es, limitan su rivalidad, cooperan, a fin de alcanzar cierto grado de certidumbre sobre qué tipo de

inversiones productivas pueden o no realizar. Desde la perspectiva de la eficiencia económica, estas limitaciones en la rivalidad *siempre son* vistas como interferencias, pues representan un alejamiento de los presupuestos del Modelo de Competencia Perfecta.

Esta visión no examina si dichas limitaciones son de hecho necesarias para que los empresarios puedan hacer realidad una oportunidad de negocio que, para acontecer, debe necesariamente desplazar a otros competidores de mercado.

El propósito de la competencia supone el éxito de unos empresarios alertas para percibir una oportunidad antes que los demás; esto no significa necesariamente que tales empresarios hayan obtenido esas oportunidades *a expensas de otros*. Solamente es posible en un escenario que supone la capacidad por igual de los otros para descubrir y aprovechar tales oportunidades; pero sabemos que esto es imposible, pues el sentido común nos dice que una oportunidad de negocios igualmente disponible para todos no lo está para nadie.

El Modelo de Competencia Perfecta no puede explicar cómo a partir de una situación de desequilibrio es posible llegar al equilibrio óptimo; peor aún, es imposible explicar cómo el sistema, estando en desequilibrio, puede moverse siquiera a otra posición menos desequilibrada. Para ello los participantes del sistema necesitan una información que sólo puede ser provista con en un entorno institucional y de «organización económica» (como la llama Richardson) que los modelos neoclásicos «postulan», pero no «explican». Pero he aquí que al postular la información completa, es imposible explicar cómo pueden moverse los agentes cuya situación es desequilibrada. La contradicción del objetivo (alcanzar el equilibrio óptimo) con los presupuestos necesarios para alcanzarlo (información completa) queda bien ilustrada en el ejemplo que aporta Oskar Morgenstern, quien demostró que, cuando el plan de un individuo es dependiente del plan de otro, el conocimiento perfecto

produciría una cadena infinita de reacciones y contra-reacciones en las conjeturas de cada cual, lo que haría imposible el equilibrio.

Para ilustrar el punto, propuso como ejemplo la persecución entre Holmes y Moriarty: «Sherlock Holmes, perseguido por su oponente Moriarty, abandona Londres hacia Dover. El tren se detiene en una estación intermedia, y él resuelve apearse antes que continuar hacia Dover. Había visto a Moriarty en la estación Victoria de Londres, y conociendo la sagacidad de éste, esperaba que tomara un tren más rápido para llegar antes que él a Dover. La sospecha de Holmes era, en efecto, correcta. Pero, ¿Qué tal si Moriarty, siendo aún más suspicaz de lo que suponía Holmes, había evaluado correctamente la capacidad de éste y había anticipado su acción? En tal caso, hubiera decidido ir directamente a la estación intermedia, a esperarlo. Entonces, Holmes, nuevamente, hubiera anticipado tal acción y habría decidido seguir hasta Dover, en lugar de bajarse del tren. Con lo cual Moriarty hubiese de nuevo “reaccionado” de manera diferente. Después de pensarlo mucho, es probable que no hubiesen podido actuar en absoluto, o que aquel intelectualmente inferior se hubiese rendido en la estación Victoria de Londres, ya que todo el viaje hubiese sido innecesario.»¹⁹ La moraleja de esta historia es que la información perfecta de cada uno sobre los planes del otro hace que sea imposible que el sistema «se mueva» para alcanzar el nuevo equilibrio, ya que el movimiento (vale decir, la competencia) es por definición excluido del sistema. Por lo tanto, suponer que unos empresarios desplazan a otros porque aprovechan una oportunidad primero, es un error epistemológico que no toma en cuenta la forzada necesidad de que sólo sean algunos los que puedan aprovecharse de tal oportunidad, a fin de que el sistema pueda «moverse» y alguien salga beneficiado con ello.

¹⁹ O. Morgerstern, citado por O'Driscoll y Rizzo (1985), p. 84.

Claramente se observa que, aplicar el Modelo de Competencia Perfecta (o Efectiva) como una referencia normativa puede llevar a una contradicción en cuanto los fines que persigue la política. En otras palabras, en vez de promover la capacidad de apercibimiento empresarial sobre las oportunidades de negocios a que da origen la competencia, induce a los reguladores a suponer que la competencia es menos probable mientras más nos alejemos de la situación «ideal».

Esta crítica ha sido propuesta por G.B. Richardson, en *Information and Investment*,²⁰ al cuestionar la consistencia lógica misma del Modelo de Competencia Perfecta, que es utilizado ordinariamente como referencia normativa. Este es un ataque a la línea de flote de todo el sistema conceptual sobre el cual se asienta la visión convencional de los «fallos de mercado». ¿Cómo puede haber «fallos» si la referencia conceptual empleada para identificarla (el modelo de Competencia Perfecta) es inconsistente con su propósito normativo? La situación sería comparable a la de un barco que navega en las tinieblas, utilizando una brújula desmagnetizada.

Según Richardson, tales modelos ideales carecen de sentido como referencia normativa, por la sencilla razón de que estos modelos prescinden del entorno institucional que los agentes económicos requieren conocer para poder competir con otros empresarios y estructurar sus negocios. Así, la información que los agentes económicos necesitan para poder competir en los mercados y de ese modo llevar, en el largo plazo, los mercados a una situación de equilibrio, solamente es posible si se cuenta con la organización económica e institucional necesaria para hacerla efectiva. Por lo tanto aquellos modelos que no incorporan la estructura institucional necesaria como parte de su análisis (y éste es el caso de los modelos de competencia perfecta y de competencia efectiva), necesariamente

²⁰ Richardson (1960).

interpretan una causalidad de hechos que solamente se dan en un mundo ficticio, un mundo irreal.

Así, en *Information and Investment* Richardson destacaba la importancia de la calidad de la información de los participantes de mercado, a fin de que estos tomen decisiones de inversión. El primer capítulo de dicho libro lo dedicaba Richardson a criticar la insuficiencia del Modelo de Competencia Perfecta, y del enfoque económico tradicional en general, para dar respuesta a la pregunta esencial que debería hacerse el economista, a saber, ¿cómo obtienen los agentes económicos la información que necesitan para tomar sus decisiones de inversión? Naturalmente, el modelo de Competencia Perfecta, utilizado como base del análisis, es absolutamente inútil, en opinión de Richardson, pues para empezar, de partida presupone que la información que se necesita para alcanzar la condición de equilibrio propia de los sistemas capitalistas donde los recursos son asignados por decisiones de agentes económicos independientes y no por la planificación central, está plenamente disponible, pues esos son los postulados del modelo. En otras palabras, el modelo no resuelve la duda relativa a de dónde *proviene* la información.

Así, la crítica de Richardson no tiene nada que ver con el realismo de los supuestos empleados. Ciertamente, esta crítica ya había sido objetada por Friedman, quien había señalado que la utilidad de los modelos económicos radica no en adecuar sus premisas a la realidad, sino en su capacidad de predicción.²¹ Pero es que la crítica de Richardson va más allá del problema de los supuestos «reales» de los modelos. Tiene que ver con el hecho palmario de que el modelo es *intrínsecamente inconsistente* con su propio propósito normativo y en su propio postulado, pues, ¿cómo puede alcanzarse un equilibrio si no es a través del supuesto de que los agentes disponen de una información

²¹ Friedman (1953).

a la que les es imposible acceder? Por ello las mismas suposiciones que de otro modo harían el modelo útil a los fines de diseñar políticas públicas esto es, que la información en el sistema así modelado efectivamente se transmite a todos los agentes económicos, haciendo posible el equilibrio y permitiendo los mercados competitivos, son condiciones no sólo inexistentes en el mundo real, sino más importante aún, son condiciones negadas por el modelo mismo. Esto es así, dado que no hay ninguna otra posibilidad de explicar de qué manera los sistemas sociales en desequilibrio llegan al equilibrio salvo suponiendo que la información en el sistema ya es conocida por los agentes económicos *antes de que ella se haya transmitido*. Pura esquizofrenia.

Así, estando en el equilibrio, el modelo asume que la información ya ha sido transmitida a los individuos que entonces descansarán en sus acciones; sin embargo, a fin de que esto suceda, los individuos deben coordinar sus acciones, construir rutinas y crear reglas que permitan la codificación y transmisión de la información a fin de que pueda ser entendida por todos en el sistema. De esta manera, y contrariamente a lo que asume el modelo, la coordinación, la creación de reglas y la estandarización del comportamiento de mercado que posibilita la transmisión de información, no acerca, sino que *aleja* los mercados reales del punto óptimo predicado por el modelo de competencia perfecta.

Es paradójico que, a fin de que el sistema alcance el equilibrio (y los mercados, la desconcentración cabal), los individuos se vean obligados a coordinar sus acciones (o a excluir a otros competidores unilateralmente, aprovechando primero la oportunidad), pero he aquí que la coordinación misma distancia los mercados del mundo idealizado de la Competencia Perfecta, donde la organización industrial es virtualmente inexistente. Así, en palabras de Richardson: «no hay razón para esperar que las condiciones hipotéticas de mercado que

definen la competencia perfecta podrían asegurar de hecho que la producción podría ser ejecutada del modo más eficiente, puesto que no existe razón para creer que el supuesto equilibrio podría ser alcanzado en algún momento. La conexión entre la estructura de mercado y el volumen de inversiones debe ser atribuida a los mecanismos particulares de ajuste, no en las supuestas posiciones de equilibrio con las cuales esa estructura se puede asociar. Aquí, igual que en otras partes, lo realmente importante se ha visto privado del análisis que requiere como resultado de la tiranía que el concepto de equilibrio ha ejercido sobre la teoría económica moderna.»²² La organización económica, los arreglos entre empresas, la coordinación y la cooperación entre empresarios son esenciales para que la información pueda fluir entre los agentes económicos. Pero al mismo tiempo, tales arreglos hacen realidad un distanciamiento del equilibrio óptimo. Esta crítica es igualmente aplicable a los modelos de competencia imperfecta que aprehenden la realidad desde una perspectiva de equilibrio; esto es, suponiendo que la información que es necesaria para alcanzar el punto óptimo ya está disponible a aquellos individuos que son parte de la ecuación incluida en el modelo. En consecuencia, la crítica es igualmente aplicable a la supuesta eficacia del modelo de competencia efectiva y al propio modelo de monopolio puro, como referencias a ser utilizadas para calibrar los mercados reales.

Con todo, el modelo de Competencia Perfecta «permaneció sin duda, para mucha gente, como un ideal o forma de organización modelo-en sentido estricto una categoría lógica, por oposición a un ideal normativo, aunque esta distinción no siempre fue hecha apropiadamente. No parecía haber sido reconocido que el hecho de que las ‘imperfecciones’, en algún grado o forma, sean claramente un obstáculo al ajuste, no debiera

²² Richardson (1960), p. 89.

llevar a la conclusión de que sería mejor si tales imperfecciones no existieran. Sin embargo la conveniencia pedagógica de la Competencia Perfecta, y su adecuación como fundamento para una elaboración formal y matemática ulterior, dio al sistema un lugar central en la discusión teórica.»²³ En suma, evaluar el funcionamiento de los mercados con un estándar de perfección ideal representado por la Competencia Perfecta es no sólo ingenuo (pues supone que tal información está disponible para el investigador); es también engañoso, ya que le estaría diciendo al regulador muy poco sobre la verdadera naturaleza del comportamiento que debe normar. Lo cierto es que no vivimos en un mundo de perfección (o imperfección), sino en un mundo donde los individuos deben asumir costes *a veces onerosos, pero siempre necesarios* a fin de poder alcanzar sus metas. Es imposible para los reguladores establecer apreciaciones normativas en determinados momentos instantáneos de la evolución de los mercados, ya que la realidad constantemente cambia porque el tiempo es irreversible. Permanentemente, nueva información altera las conclusiones normativas que los reguladores construyen en relación con un momento particular, sobre una supuesta condición óptima. En otras palabras, lo que aparece como óptimo en un momento determinado del tiempo, al minuto siguiente deja de serlo.

Como conclusión, puede afirmarse que la forma de pensar del Nirvana entraña un error intelectual fundamental: construye reglas morales sobre los mercados en base a una imagen de perfección que no puede existir en la realidad. No es éste sólo un ejercicio inútil, sino que además es un ejercicio peligroso. Es inútil, porque suponer que la realidad sería distinta si los reguladores fueran ángeles en vez de seres humanos, no contribuye a la tarea que una autoridad de la competencia debe llevar adelante, esto es, promover los intercambios de mercado,

²³ Id., p. 39.

y delimitar los derechos de propiedad. Pero aún más importante, es un ejercicio peligroso, ya que distrae y orienta la atención de los hacedores de políticas públicas hacia ejercicios erráticos de intervención pública basados en apreciaciones normativas dudosas, lo cual puede en algunos casos terminar siendo contraproducente para el objeto de delimitar adecuadamente los derechos de propiedad. La comparación con la «perfección» solamente puede orientar a los responsables de las políticas públicas a juzgar equivocadamente el importante rol que juega la organización económica, los arreglos empresariales y la coordinación de las empresas, a fin de transmitir el conocimiento necesario a los actores del mercado para que puedan tomar decisiones de inversión. Tal perspectiva, hace aparecer tales arreglos como tentativas dolosas para manipular los mercados y alejarlos de la Competencia Perfecta, o cuando menos, Efectiva. Sin embargo, lejos del mundo ideal, la realidad es distinta.

El propio Schumpeter advirtió sobre el riesgo de que el regulador valore equivocadamente los mercados. Es sus palabras: «el problema que usualmente se toma en consideración es el de cómo administra el capitalismo las estructuras existentes, siendo así que el problema relevante es descubrir cómo las crea y como las destruye. *Mientras no tenga conciencia de esto el investigador realiza una labor que carece de sentido; pero en cuanto lo reconozca, su visión de la práctica capitalista y sus consecuencias sociales se modificará considerablemente.*»²⁴ En otras palabras, el enfoque del Nirvana está equivocado desde un punto de vista epistemológico, ya que induce al analista a centrar su atención en los problemas de equilibrio de la asignación de recursos sociales, que son irrelevantes para los fines de entender de qué manera los mercados evolucionan endógenamente por medio de la competencia. Es claro que la

²⁴ Schumpeter (1983), p. 122.

visualización de los modelos convencionales de equilibrio entre los extremos de Monopolio Puro o Competencia Perfecta (por ejemplo, los modelos intermedios de Competencia Efectiva y Competencia Monopolística de E. Chamberlin y J. Robinson, respectivamente) no los hace menos estáticos y, por tanto, menos incapaces de aprehender la naturaleza evolutiva y creativa de la competencia.

Estos modelos supuestamente dinámicos, que dibujan las relaciones entre los agentes asociándolas con conductas estratégicas resultantes de asimetrías de información, no llegan a aprehender la naturaleza irreversible y evolutiva del mercado; por lo tanto, tales modelos fallan por su carácter estático y por su alejamiento del comportamiento de los agentes económicos en la realidad. Es muy revelador que la propia promotora de estos modelos, Joan Robinson, al reflexionar sobre la difícil coexistencia del análisis estático con la evolución temporal que caracteriza el trabajo de Marshall, comentara ya al final de su vida y en tono arrepentido, lo siguiente: «Cuando preparé *Economics of Imperfect Competition* sobre presupuestos estáticos, tome la ruta equivocada; el camino correcto hubiera sido abandonar el análisis estático (de equilibrio) y tratar de reconciliar el análisis con la Teoría del Desarrollo de Marshall.»²⁵ Más tarde reafirmaría esta convicción: «tomé el camino equivocado en mi análisis de la competencia imperfecta, *al concentrarme en lo 'imperfecto' e ignorar la 'competencia'*. Así, en lugar de abandonar el análisis estático y tratar de reconciliar mi análisis con la Teoría del Desarrollo de Marshall, seguí a Pigou (quien desde hacía tiempo había desarrollado la esencia del análisis de Marshall dentro de un sistema lógico de teoría estática) y preparé *Economics of Imperfect Competition* sobre bases estáticas.»²⁶ (Nuestras cursivas) Más claridad, imposible.

²⁵ Robinson (1951).

²⁶ Robinson (1951), p.viii.

V.
CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DEL ENFOQUE
DEL NIRVANA CONVENCIONAL
EN LA APLICACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS

La aplicación normativa del modelo de Competencia Perfecta (o Efectiva) en las políticas públicas ha resultado en lo siguiente: En primer lugar, en una perspectiva estrictamente jurídica, la comparación entre seres humanos «imperfectos» con el estándar de perfección óptima, conduce a la Autoridad de Competencia a desarrollar una aplicación inestable y ambigua de la política, erosionando el Estado de Derecho y la transparencia de las reglas de mercado. Así, cualquier nivel de cooperación entre los actores, será considerado sospechoso de encubrir una manipulación para desviar los mercados del equilibrio óptimo hacia las manos de los «monopolistas». Desde luego, siempre existe la posibilidad de demostrar que tal desviación acontece por razones de eficiencia económica, pero he aquí que tal análisis de eficiencia solamente puede ser calibrado por quienes aplican la política, y en consecuencia, cualquier otro sujeto (especialmente, las empresas investigadas) no tienen forma de anticipar si su acuerdo particular encajará dentro del estándar de eficiencia concebido en la mente del regulador.

La distinción entre comportamientos prohibidos «per se» y los sujetos a la «regla de la razón» no será muy útil para distinguir el comportamiento apropiado del inapropiado, pues ésta es una distinción estrictamente legal, no económica, cuyo propósito es evitar a la Autoridad de la Competencia los costes de examinar casos que, desde el punto de vista convencional parecen «obvios», tales como acuerdos horizontales de precios, que son considerados como prohibiciones «per se». Fácilmente se puede ver que ésta es otra forma de afirmar que el comportamiento prohibido «per se» siempre será prohibido

porque es anticipadamente considerado —por efecto del análisis del Nirvana— como una conducta indeseable; no porque se sustente en un criterio económico que evalúe el impacto de dicha conducta en el mercado (lo que por su propia definición exigiría investigar las características del mercado, de los participantes, etc.). En otras palabras, es una tautología, que no nos ilustra —al igual que otras tautologías— sobre cuáles son las circunstancias fácticas que la Autoridad debe sopesar a fin de calificar un acuerdo como restrictivo sobre la base de consideraciones de eficiencia.

El estándar económico de eficiencia introduce de contrabando un análisis moral que incorpora las preferencias del regulador sobre la manera en que deben asignarse los recursos en la sociedad; por ser moral, tal parecer no puede estar sujeto a ninguna regla jurídica estable que incorpore las preferencias de los actores sociales, en uso de sus derechos de propiedad. Calibrar anticipadamente el criterio de la Autoridad puede ser poco menos que imposible, pues lo que hoy día encuentra como «eficiente» bien puede considerarlo como «ineficiente» mañana. En definitiva, sólo el funcionario de turno puede conocer en su mente cuál es el nivel particular de exigencia que habrá de comportar un escenario «óptimo» en un caso concreto.

Esta dificultad que tiene el investigador (o la Autoridad) para basar su criterio en una información factual precisa y objetiva es la que le induce a buscar información en factores aleatorios que no tienen que ver con los efectos mismos del comportamiento empresarial examinado, sino con la posición particular que, por azar, detente la empresa en el mercado relevante. De esta manera, las empresas con elevada cuota de mercado tenderán a ser vistas en esta película como los sospechosos de siempre.

En este sentido, el Premio Nobel de la universidad de Chicago, George Stigler, señaló que «las definiciones no arrojan

ningún conocimiento sobre el mundo real, pero influyen las impresiones que pueden tenerse sobre el mundo. Si sólo los mercados con un gran número de comerciantes son 'perfectamente competitivos', y si los mercados con pocos comerciantes son llamados 'oligopolísticos' (literalmente, «pocos vendedores»), eso sugiere que estos últimos no son competitivos, ni tampoco perfectamente competitivos. La sospecha de los casos de mercados con pocos competidores fue gradualmente reforzada en los casos antimonopolios.»²⁷

No sorprende, por tanto, que la percepción sobre la ilegalidad haya cambiado tan dramáticamente en la jurisprudencia de los Estados Unidos y de la Unión Europea en la aplicación práctica de las políticas de competencia a lo largo de la Historia. Las conductas que anteriormente eran consideradas como ilegales «per se», hoy día son consideradas prácticas sujetas a la «regla de la razón»; las conductas que antes había sido perseguidas, hoy día son toleradas. Considérese la evolución de la aplicación de la política de precios mínimos de reventa, en la monopolización de los mercados, o la política de fusiones y adquisiciones. En todos estos ámbitos el cambio de la jurisprudencia ha sido notable.

Desde luego, no es sano cargar excesivamente las tintas. No todo ha sido anarquía en la aplicación de las normas de competencia. El argumento esbozado aquí simplemente pretende sugerir que si ha habido estabilidad en la aplicación de las normas de competencia a lo largo del tiempo, ello se debe a otros factores institucionales que han servido para limitar el campo de acción de las Autoridades de la Competencia en la aplicación de su política. La existencia de una cierta estabilidad en la teoría económica dominante acerca de los mercados, aunada a otros valores en el ordenamiento jurídico, tales como el respeto a los derechos de propiedad y el derecho a la defensa,

²⁷ Stigler (1988), p. 94.

han propiciado una cierta predictibilidad en la aplicación de las políticas de competencia. La política de competencia ha sido relativamente estable en los países industrializados, pese a sus postulados descoordinadores, gracias a la solidez de sus principios de Derecho que conforman sus instituciones. Igualmente, hay que dar cierto crédito al hecho de que hay cierta estabilidad en la teoría económica producto de la convención profesional, a lo largo de periodos más o menos extendidos, que ha contribuido a dar un cierto aire de respetabilidad al sistema.

Con todo, es preciso destacar que esta erosión del Estado de Derecho es particularmente perniciosa en el caso de los países en desarrollo. En estos países la construcción institucional de las reglas de mercado es una tarea fundamental donde el enfoque convencional, lejos de contribuir a tal propósito, se convierte en un poderoso instrumento de erosión de las expectativas de los agentes económicos en el mercado, reforzando una tendencia discrecional a favor de la Autoridad, que es absolutamente indeseable de la promoción de los mercados de tales países. La estabilidad institucional, a diferencia de lo que sucede en los países industrializados, no puede darse por supuesta en los países en desarrollo. La transición misma de estas economías fuertemente reguladas hacia el Mercado introduce por sí misma una gran incertidumbre entre los agentes económicos, que está ausente de las jurisdicciones de los países desarrollados, para quienes estos problemas están prácticamente resueltos. Esta es una consideración que frecuentemente se pasa por alto, especialmente por aquellos que promueven la conveniencia de adoptar políticas de competencia en países en desarrollo, sin examinar el marco institucional en el cual dicha política debe insertarse. Esta incertidumbre en la aplicación de las políticas refuerza la incertidumbre que, de entrada, ya poseen las empresas sobre el ambiente en el cual deben invertir.

Por otro lado, al concentrarse en la posición estática alcanzada por los mercados en un momento dado de su evolución, es inevitable que el analista enfoque su interés en las consecuencias sobre el bienestar social, consideración ésta que tiene que ver con la asignación de los recursos hecha «desde lo Alto» por el regulador, y no sobre la base del funcionamiento de los mercados que se materializa en las decisiones de los individuos que participan en él. Por lo tanto, se trata de una preocupación que virtualmente excluye del análisis toda consideración acerca del rol institucional que desempeñan los mercados. Como se indicó anteriormente, eso no es casualidad, ya que, bajo dicho análisis, el marco institucional se da por sentado *ex definitione*. No obstante, es precisamente el problema de la construcción institucional el que tiene que más tiene que ver con la necesaria creación de las condiciones para el desarrollo en los países en transición.

VI.

LA ESTRUCTURA EVOLUTIVA DE LAS EXPECTATIVAS EN LOS MERCADOS

Para regular los mercados adecuadamente, es preciso comprender su funcionamiento. Por ello, hay que partir de una perspectiva que asuma, no sólo la condición naturalmente desinformada de los agentes del mercado, sino también del investigador o analista.²⁸ De modo que el problema económico no está ligado al uso

²⁸ Como señalara agudamente Loasby (1991), p. 2, esta premisa cognitiva no es exclusiva de la ciencia económica. En sus palabras: «Quisiera atraer la atención de los lectores a la semejanza fundamental de los problemas que confrontan los economistas y los agentes económicos que pretenden estudiar. Ambos grupos tratan de dar sentido al mundo en el que se encuentran, y de comportarse inteligentemente en él (paralelismos similares entre los practicantes de una disciplina y sus sujetos de estudio se encuentran en otras ciencias humanas). De modo que

de los recursos sociales, que pueda ser resuelto por un tercero capaz de obtener la información necesaria para guiar los agentes económicos hacia el Bienestar Social. Más bien está relacionado con la coordinación de las actividades de los agentes económicos para superar su incertidumbre en el mercado.

La actividad de los individuos está marcada por una «niebla de ignorancia», lo que significa que deben conformarse con hacer especulaciones acerca del futuro. En esta difícil tarea de anticipar el futuro, los individuos pueden guiarse por sus intuiciones, que dependen en parte de su experiencia pasada en circunstancias similares; de su experiencia, pueden aprender a relacionar ciertas tendencias o identificar ciertos resultados futuros posibles. Sin embargo, en la preparación de sus planes, nunca podrán tener completa certeza; así, están confrontados inexorablemente a un problema insoluble de incertidumbre radical.

Lo importante es que en este contexto especulativo, los empresarios están forzados a buscar información suficiente sobre eventos futuros que les motive a invertir hoy. Esto es lo fundamental, pues tal inversión es la que determina el nivel futuro de producción. En un sistema donde las decisiones están descentralizadas (en un sistema de mercado), cada individuo ignora las acciones futuras de los demás; así, sus propias acciones no son más que conjeturas (hipótesis) sobre un futuro incierto. El significado de esas conjeturas se encuentra mucho más allá de lo que pudiera ser considerado como una simple especulación acerca de la posible ocurrencia de un evento. Los cálculos actuariales, por ejemplo, establecen la regularidad por la cual ciertos eventos pueden llegar a suceder, lo que permite a los empresarios reducir («internalizar») el posible coste y riesgo.

el comportamiento de los economistas puede ayudarnos a comprender el comportamiento de los agentes económicos y viceversa.»

Pero he aquí que no nos estamos refiriendo a esa clase de eventos futuros, que constituyen el objeto de los seguros contra los riesgos futuros.²⁹ A diferencia del riesgo, la incertidumbre radical de los mercados se refiere a un evento absolutamente impredecible, porque tiene que ver con las conjeturas de los seres humanos; no con la ocurrencia de eventos de la naturaleza.

Fue Keynes quien propuso el mejor ejemplo de incertidumbre radical, en su conocido caso del «Concurso de Belleza». La esencia especulativa de las decisiones que adoptan los agentes en el mercado es semejante a la de un concurso de belleza donde la votación ha de resolverse, no teniendo en cuenta la candidata que los jueces juzgan más bonita o talentosa, sino considerando la candidata que cada juez cree que será la más votada por los demás jueces. La ganadora será aquella escogida de acuerdo con las expectativas recíprocas de los jueces. En efecto, como quiera que la decisión de cada juez depende de lo que él cree que otros miembros del jurado decidirán, pero sin tener absoluta seguridad de ello (obviamente, si no media comunicación entre ellos), por basarse en las expectativas subjetivas de éstos, y no en hechos objetivos, su decisión estará basada en la incertidumbre sobre quién ganará.³⁰ La votación no tendrá fin, pues será un proceso de conjeturas sobre lo que decidirá el otro, a su vez determinada por la conjetura sobre qué decidirá el primero. La única forma de terminar con esa inmovilidad paralizante es apelando a la decisión de una autoridad superior, o resolver el problema mediante convención entre los jueces (o participantes en el mercado), permitiéndoles, por ejemplo, que se puedan comunicar entre sí.

²⁹ Ésta es la distinción entre «riesgo» e «incertidumbre» a la que se refiere Frank Knight (1921), en su obra *Risk, Uncertainty and Profit*.

³⁰ Keynes (1936 [1964]), p. 156.

Como han indicado O'Driscoll y Rizzo: «En principio, no existe límite al nivel de formulación de conjeturas recíprocas. No existe razón lógica suficiente para detenerse en algún punto en particular; detenerse es, en buena medida, arbitrario o resultado de convención.»³¹ En el caso de transacciones de mercado, estas convenciones algunas veces adoptan la forma de cooperación explícita a través de variados acuerdos y arreglos, o mediante entendimiento tácito. También influyen la reputación, la práctica comercial previa y otras realidades semejantes.

Si el problema de las empresas es la coordinación, y ella está limitada por la incertidumbre radical, ¿cuál es el objetivo de la política pública orientada a promover la competencia?

VII. EL NUEVO ENFOQUE DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

El interés por calibrar mejor el rol que juegan los mecanismos de transmisión de información que las empresas utilizan para aprovechar oportunidades en los mercados, ha moderado el rigor que tenía la política de competencia ante tales mecanismos, ampliando el rango de conductas consideradas ilegales solamente cuando se demuestra un efecto anticompetitivo en el mercado, y limitando el espectro de conductas consideradas per se socialmente negativas.

El nuevo enfoque se asienta en la idea de que la competencia surge de un proceso de «creación destructiva», donde la capacidad para participar en el mercado depende de la creatividad, innovación, y posicionamiento estratégico de las capacidades empresariales para procesar información de los

³¹ O'Driscoll y Rizzo (1985), p. 73.

consumidores y productores que constantemente fluye en el mercado y que ha de ser correctamente interpretada por las empresas en el momento en que tomen sus decisiones empresariales. El contexto determinante de la actividad empresarial está caracterizado por la incertidumbre y la especulación. Las firmas están constantemente forzadas a medir el nivel de los recursos que deben dedicar hoy para alcanzar un nivel esperado de demanda agregada en el futuro. El problema surge, sin embargo, porque cualquier determinación acerca de los futuros niveles de demanda agregada será, por definición, especulativa. No obstante, las empresas deben tomar una decisión al respecto, bien sea para invertir o para decidir no hacerlo.³² Éste es un proceso de prueba y error que las fuerza constantemente a experimentar con diferentes alternativas de inversión.

Obviamente, estas decisiones jamás son idénticas entre sí, ya que las circunstancias que las determinan cambian. La condición de empresario demanda por ello que se preste atención a las nuevas oportunidades, que los empresarios estén «alertas».³³ Serán tales nuevas circunstancias las que les «dirán» que ciertas tecnologías o técnicas de producción prevalecerán, y que otras serán reemplazadas, o que los consumidores cambiarán sus preferencias, o que las mantendrán. En suma, las nuevas circunstancias colocan al empresario ante el dilema de aumentar o disminuir sus niveles de inversión en el presente, para corresponder a los niveles de demanda agregada futura.

¿De qué manera sucede esto? Tal como señala Richardson, al tomar sus decisiones, los empresarios deben confrontar su incertidumbre, y los arreglos institucionales que negocian con otros empresarios, según el tipo de inversiones que realizan; las competitivas y las complementarias.

³² Richardson (1960), pp. 29-46.

³³ Kirzner (1973).

En el primer caso, el incremento de la inversión competitiva de un empresario limita negativamente las posibilidades de que los demás coloquen su propia producción en el mercado. Cada empresario compite por producir más, para copar la capacidad de demanda agregada del mercado, pero ello desplaza las posibilidades de los demás competidores. Aunque todos aspiran a un pedazo de dicha demanda agregada futura, dado que la asignación final es incierta, el resultado será que hoy tendrán menos incentivos para invertir.

Richardson compara la situación de las inversiones competitivas con la de varios participantes en una lotería en la que el premio se obtendrá siempre que el nivel total de lo jugado por los apostadores no exceda una cierta suma, pues en caso de exceso, cada jugador deberá soportar una pérdida proporcional. De igual modo, en el mercado, la suma colectiva de las inversiones competitivas de hoy, hecha individualmente y sin contacto alguno con los demás participantes por cada uno de los competidores, no puede generar en el futuro una producción conjunta superior a la cantidad total de demanda agregada que se espera en el mercado. En caso de exceso, cada uno deberá soportar pérdidas proporcionales a lo invertido en exceso. La pregunta es: ¿cómo pueden asegurarse los empresarios de que invertirán hoy la cantidad *máxima* óptima? En un escenario de mercado donde las decisiones se toman descentralizadamente y sin contacto entre los participantes, cada agente económico debe depender de sus propias expectativas, que, como hemos visto en el Concurso de Belleza, conducen a una regresión infinita de especulación acerca de lo que harán los demás en el mercado, esto es, a la incertidumbre total.

En el segundo caso, el incremento de una inversión complementaria debe ser suficiente para inducir a los demás a realizar inversiones complementarias a la primera. El problema entonces es: ¿cómo pueden asegurarse los empresarios de que

otros invertirán hoy la cantidad *mínima*? La respuesta es, en uno y otro caso, la cooperación empresarial y el seguimiento de las acciones de los demás empresarios en el mercado. Los empresarios cooperan para reducir el desperdicio que resulta de equivocaciones en que pudieran incurrir, debido a conjeturas mal hechas o a informaciones incompletas. Para lograrlo, entran en un proceso de ensayo y error que les permite «descubrir» cuales de sus expectativas iniciales vale la pena preservar, en tanto que corresponden con los hechos que con el tiempo se verifican (y el futuro se vuelve presente).

Los empresarios construyen expectativas mutuas a través de ciertos arreglos dirigidos a dotarlos de ciertas seguridades sobre sus futuras situaciones. Por ejemplo, pueden apoyarse en su experiencia comercial pasada; también, pueden basar su juicio sobre la reputación de las firmas con las que negocian o compiten (lo que, a su vez, refleja la experiencia comercial de esas empresas con terceros); finalmente, pueden recurrir a arreglos convencionales formalizados en contratos, como vía para asegurar el cumplimiento de las expectativas creadas; si no es posible la vía contractual, las partes buscarán alinear su conducta con la de otros empresarios, sobre la base de lo que esperan de ellos, a través de arreglos informales como «acuerdos de caballeros», y así sucesivamente. Estos arreglos institucionales, así como muchos otros, aunque son menos confiables que suscribir un contrato de seguro, proveen sin embargo a los empresarios que participan en ellos de la suficiente certeza para realizar inversiones hoy que afectarán sus niveles de producción futura.

Obviamente, todas esas técnicas limitan a los empresarios las posibilidades de adoptar cursos «independientes» de acción; sin embargo, ha de notarse que la limitación introducida no es un resultado libremente escogido de monopolizar mercados, sino más bien la necesidad inevitable e imperiosa de coordinar actividades dirigidas a prevenir pérdidas futuras debido

a errores en la predicción. Dicho de otra manera, los empresarios *no tienen libertad de acción real* al decidir optar por alinear su conducta con la de los demás, por cuanto esa es la única manera que tienen de conocer si deben invertir o no.

Además, tal cooperación no excluye en sí misma la rivalidad, pues de hecho el futuro es incierto, y tales acuerdos están constantemente sujetos a tensión como resultado de los cambios imprevistos que las nuevas circunstancias introducen en las relaciones de mercado. Son esos cambios los que estimulan a los empresarios a introducirse en sectores antes no explorados, a innovar, a ser los primeros en desarrollar ciertos productos o tecnologías, a actuar independientemente de la convención establecida por el grupo, en la expectativa de obtener un beneficio más elevado que en cooperación con otros, etc. Los cambios inesperados crean nuevas oportunidades, y abren vacíos de conocimiento que deben ser llenados, y de hecho son llenados, por empresarios agresivos y alertas en búsqueda de ganancias. Es esto lo que induce a otros seguirlos, bajo la estructura de relaciones de coordinación, a fin de capitalizar las oportunidades que las empresas van descubriendo en el mercado.

Bajo el nuevo enfoque, por lo tanto, no todas las estrategias realizadas por una o más empresas tienen como objetivo poner en desventaja a sus competidores; por el contrario en muchas ocasiones dicha situación es el resultado inevitable de las acciones llevadas a cabo por una empresa con el fin de reducir sus costes de producción y distribución, mejorar la calidad de sus productos u otros fines que se encuentran dentro de la dinámica del proceso competitivo. En ocasiones la tarea más difícil a la que deben hacer frente las agencias de competencia, es fijar el límite entre aquello que va en pro de la eficiencia en el mercado y aquellas situaciones en las que el objetivo es dañar al competidor o a la competencia. Quizás el factor que dificulta en mayor grado tal proceso, radique en el hecho de

que las consecuencias de una determinada estrategia sólo son notorias a largo plazo, razón por la cual las agencias de competencia en ocasiones deben prever lo que puede ocurrir en el futuro, a partir del flujo de información que manejen en el presente.

De acuerdo con esta perspectiva, la permanencia de carteles o la consolidación de posiciones dominantes en el mercado son fenómenos transitorios, que son desmontados gracias a la innovación que se produce en el mercado. De acuerdo con esta idea, no interesa tanto reprimir posiciones dominantes como permitir que se produzca la innovación. En este enfoque moderno, la política de competencia se visualiza esencialmente como un catalizador de las capacidades empresariales dirigidas a complementar y promover la competitividad de las empresas que participan en el comercio internacional, más que como un instrumento para asignar los recursos económicos entre los distintos actores económicos, conforme a una fórmula estática de eficiencia social «óptima».

VIII.

LA RECEPCIÓN DE LAS IDEAS SOBRE LA COMPETENCIA EN LATINOAMÉRICA

De esta manera, siendo inestable desde el ángulo epistemológico el terreno en el cual se asienta la percepción convencional de los mercados, es lógico suponer que el edificio constituido por los conceptos creados para interpretar el comportamiento de las empresas en los mismos, esté sujeto al mismo fallo.

Así, la explicación «estructural» de la competencia, que visualiza la competencia de los mercados reales a partir del modelo «desconcentrado» de la competencia perfecta o el «concentrado» de monopolio y oligopolio, está siendo objeto de reconsideración en la doctrina económica.

Naturalmente ello está afectando la práctica de la política de la competencia, si bien a ritmos distintos, según el grado de apercibimiento de la autoridad, sobre la relevancia de la crítica hecha al pensamiento convencional, y la aceptación entre los reguladores de las nuevas corrientes de pensamiento en torno a los mercados y al fenómeno económico de la competencia, vistos como *procesos de adaptación* al cambio del entorno en el cual actúan las empresas en vez de estructuras estáticas cercanas o lejanas (según sea el caso) a modelos de competencia perfecta o monopolio.

Pero el proceso de adopción de las nuevas ideas ha sido lento, y quizás más intuitivo que consciente, ante la necesidad de dar solución a los problemas prácticos de promover la capacidad de las empresas para competir internacionalmente, lo que ha hecho necesario considerar problemas asociados con la competitividad del «marco» en el cual las empresas compiten domésticamente.

Desde luego, ha sido considerable el peso institucional ejercido por las políticas públicas intervencionistas tradicionalmente aplicadas en la Región. Así, al apreciar los desarrollos jurisprudenciales en diez años de aplicación de políticas de competencia, se observa que el desarrollo de la regulación antimonopolio en América Latina ha estado asociado tradicionalmente con una visión estructural y estática de los mercados, tendente a promover la intervención estatal para modular los efectos «negativos» de los arreglos corporativos empresariales, que son percibidos de este modo como expresiones de comportamiento monopolístico, necesitado de control estatal.

Si se examina más de cerca esta percepción del problema de los mercados, se verá en ella una tendencia de continuidad con la visualización dirigista de los mercados que fue tradicionalmente aplicada en Latinoamérica antes de la apertura económica de la década de los ochenta, si bien bajo la coartada

de promover «la asignación eficiente de los recursos» en lugar de las razones de «desarrollo» esgrimidas hasta entonces, pero compartiendo resultados similares, a saber, la alteración del curso natural de los mercados, y por supuesto, de la dinámica de la competencia.

Éste es un dato crucial para comprender el sentido de la agenda de las políticas de competencia aplicadas en la región, pues por tal motivo, puede afirmarse que el paradigma utilizado para acercarse a la comprensión de las instituciones sociales (entre ellas, el mercado), entre quienes apoyan políticas antimonopolio ha sido en esencia el mismo antes y después de la apertura económica de la Región. Así, de las políticas de fomento industrial que ensalzaban la redistribución equitativa de los recursos sociales con miras a fortalecer la capacidad de desarrollo de sectores o grupos menos favorecidos, sectores estratégicos y «campeones nacionales», se ha pasado a políticas de fomento de la competencia cuya premisa orientadora, esto es, la eficiencia, impone un criterio de asignación «óptima», en función del cual, paradójicamente, debe sacrificarse la propia asignación espontánea ocurrida en el mercado, si el regulador estima que su visión de la eficiencia del sistema es distinta de la asignación que cabría esperar de la dinámica del mercado.

De esta manera, si bien es indudable que la idea de que los mercados suelen asignar los recursos sociales de manera más eficiente que la planificación impuesta desde el Estado, no cabría esperar que la formulación de políticas públicas fuese muy distinta después de iniciada la reforma, pese a que poco a poco ha ido calando entre la intelectualidad.

La «forma de comprender» los mercados y la competencia condujo a una particular concepción acerca de los casos de conductas y prácticas que habrían de tolerarse y los que habrían de prohibirse. Pese a no ser propia de la cultura jurídica latinoamericana, la distinción entre conductas prohibidas *per se* y

conductas sujetas a la regla de la razón fue casi unánimemente adoptada por las diversas autoridades de competencia de la Región. De igual modo, el control de fusiones y adquisiciones, que nunca antes había sido aplicado por autoridad alguna, ha pasado a ser uno de los instrumentos preferidos por estas autoridades en la supervisión de los mercados, siendo que el mismo es la síntesis de la negociación misma de la dinámica espontánea de los mercados.

Así, este paradigma explicativo de la visión tenida en las relaciones de mercado, y de la intervención correctiva de la autoridad sobre sus supuestos «fallos», vino a ser el dominante a partir del momento en que se inició la reforma económica que concluyó en la apertura económica de América Latina, en la década de los ochenta.

Como se dijo antes, esta visión de los mercados y de la competencia ha cambiado en la teoría económica, ante la incapacidad de la postura convencional para atribuir un rol a la coordinación empresarial que se produce en los mercados, distinto del fácil recurso de calificarlas como una forma de «fallo» que aleja a los mercados «reales» del modelo de Competencia Perfecta.

IX.

EL DIVORCIO POSITIVISTA ENTRE EL DERECHO Y LA ECONOMÍA

En el proceso antes descrito se observa un fenómeno de mayor alcance, que merece atención, esto es, la disposición de los juristas a tomar partido por criterios normativos surgidos de la ciencia económica, como es el caso de la eficiencia. Éste es un fenómeno que revela tanto el «imperialismo» de la ciencia económica sobre otras ciencias sociales,³⁴ como la inca-

³⁴ Como ha descrito Lazear (1999), en los siguientes términos: «El enfoque en la eficiencia ha hecho que los economistas centren su atención sobre problemas que

pacidad de la ciencia jurídica para ofrecer una alternativa atractiva.

Desde luego, este fenómeno es producto de la renuncia positivista a examinar conceptos normativos considerados por ésta como «metafísicos», «moralistas» y «anticientíficos», como es el caso de la «justicia», los «derechos subjetivos» o la «propiedad individual», todos los cuales encontraban su explicación en la moral y no en la «ciencia jurídica». Con el avance de la ingeniería social estos conceptos transmutaron en otros, por medio de adjetivos que no hicieron más que desnaturalizar su contenido: justicia «social», derechos «colectivos», etcétera.

Por su parte, la ciencia económica neoclásica, al poseer modelos cuantitativos presuntamente capaces de «predecir» el comportamiento de los agentes económicos, se encontraba aparentemente mejor posicionada que las demás ciencias sociales para proveer las valoraciones normativas «genuinamente científicas» que requería el análisis jurídico para poder hacerse efectivo en la práctica. Con la visión matemática y formal de la economía neoclásica positivista, los individuos pueden ser representados como perfectamente egoístas y obsesivamente orientados a maximizar su utilidad (*homo economicus*). Bajo un cálculo de agregación de preferencias individuales, sería posible para el analista neoclásico deducir una fórmula de bienestar social, a partir de un cálculo de coste-beneficio típicamente utilitarista.³⁵ La moral utilitarista terminó

otras ciencias sociales prefieren dejar de lado. Estos ingredientes han permitido a los economistas invadir un territorio intelectual que anteriormente había sido considerado ajeno al campo de dicha disciplina.»

³⁵ Sobre esta supuesta «neutralidad» analítica pregonada por el positivismo en las ciencias sociales, Capra (1992, p. 216) correctamente señala: «Cualquier análisis “desprovisto de valores” de un fenómeno social se basa en la suposición tácita de que existe un sistema de valores implícito en la selección y la interpretación de datos. Evitar el tema de los valores, pues, no significa que los especialistas en ciencias sociales sean más científicos, sino que, por el contrario, están siendo menos

por consolidarse en el ámbito de la ciencia económica. Por su parte, el Derecho dejó de ser «normativo» para convertirse en «funcional» o «instrumental»,³⁶ donde el objetivo del instrumento era, desde luego, aportado por una ciencia social distinta al Derecho, esto es, alcanzar la *eficiencia*, dentro de la estrechez que la escuela neoclásica de la economía había atribuido a dicho concepto.

Eventualmente, la desaparición del sustrato «metafísico» que servía de sustento jurídico al orden del mercado, y su reemplazo por una ética utilitarista supuso desarticular las defensas del orden jurídico frente al avance arrollador del intervencionismo estatal inspirado en los conceptos de la economía neoclásica («fallos de mercado», «externalidades», etc.). Los derechos individuales comenzaron a verse como impedimentos o molestias a la materialización de la ingeniería social, guiada por el bienestar social definido por el cálculo utilitarista.

Es claro que la consecución de un verdadero orden de mercado no interferido por la ingeniería social, está inspirado en la equidad y distribución de los recursos, o en la eficiencia, requerirá un profundo examen de los fines del Derecho. Esto es algo que está comenzando a suceder. Notando la tranquila aceptación de los juristas ante la ingeniería social positivista, Hayek observaba ya a mediados de la década de los ochenta lo siguiente: «dudoso resulta que tal avalancha de falsa ciencia económica haya tenido a lo largo del último siglo vía de difusión más propicia que las lecciones impartidas en las aulas universitarias a las nuevas generaciones de juristas, ante quienes se ha pregonado que ‘era necesario’ que se hiciera esto o aquello, o que determinadas circunstancias ‘hacían inevitable’

científicos, al no exponer explícitamente las suposiciones en las que se apoyan sus teorías.»

³⁶ Loughlin (1992).

la adopción de tales o cuales medidas. Para el hombre de leyes resulta casi hábito normal pensar que si el legislador ha decidido algo, huelga la necesidad de toda ulterior comprobación acerca del acierto de su decisión. Quiere esto decir que su labor será beneficiosa o perniciosa según la bondad o la falsedad de los precedentes que la orienten, por lo que tanta probabilidad existe de que se perpetúen pretéritos errores como que se renueven pasados aciertos. En la medida en que acepte como preceptivas las tendencias imperantes, el legislador puede convertirse tanto en simple instrumento de la introducción de intervenciones cuyo contenido no comprende como en creador consciente de un nuevo orden. Todo ello subraya la necesidad de buscar fuera de la ciencia jurídica aquellos criterios que adecuadamente permitan enjuiciar las materias que nos ocupan.»³⁷

Que esta mansedumbre ante la ingeniería social es producto de la desarticulación de las defensas metafísicas del Derecho, es algo que está comenzando a reconocerse. Así, por ejemplo, García de Enterría se ha referido a los excesos del positivismo jurídico en la creación de lo que es calificado por él como «absolutismo legislativo regulador y opresor»³⁸ Será

³⁷ Hayek (1973 [1985]), 134.

³⁸ En sus palabras: «Hoy, dos siglos después (del triunfo del concepto positivista en el Derecho Revolucionario Francés), nuestra fe en la Ley está, ciertamente, bastante quebrantada. De Rousseau, buscando su suelo liberador, hemos venido a recaer, inesperadamente, en Hobbes, en la expresiva fórmula de Dahrendorf, en un absolutismo legislativo regulador y opresor, a su vez generador de incertidumbre y de anomia moral, y no propiamente en el reino de la libertad.» (Op. cit, 124) Con todo, García de Enterría termina por aceptar el estado de cosas, al reconocer que: «no parece que tengamos ya otra alternativa que la de seguir rigiéndonos por Leyes. Todo el problema es ahora mejorar su calidad (tanto en sí misma como respecto a su servicio a unos derechos fundamentales, cuya súper legalidad ya no se niega), renunciar a creer que los preceptos escritos pueden encerrar en sus mallas la totalidad de la casuística de la vida social, la cual, además, está afectada de un proceso de cambio y evolución constantes, y, correlativamente, en la técnica aplicada de la Ley aceptar que pueden entrar en juego otras fuentes del Derecho, especialmente los principios generales del Derecho.» (Op. cit.)

preciso redefinir el paradigma³⁹ bajo el cual ha sido concebida la ciencia jurídica contemporánea, reivindicando la obvia asociación entre la ciencia económica y la jurídica, como dos caras complementarias de la realidad social, en igualdad de condiciones y méritos, sin que sea posible aceptar la influencia imperialista de una sobre la otra.

X. CONCLUSIÓN

En la visión convencional de la teoría de la organización industrial se afirma que los fallos de mercado son responsables de la asignación sub-óptima de los recursos sociales. El comportamiento monopolístico hace que dichos mercados incurran en fallos, en tanto dicho comportamiento permite la creación de condiciones en las cuales las asimetrías de información se explotan a favor de los presuntos monopolistas. Como consecuencia, la eficiencia del mercado será inferior a la que habría en condiciones óptimas establecidas por el modelo de Competencia Perfecta, donde los productos son indiferenciados, la información fluye libremente y las firmas son tomadoras de precios, en vez de «manipuladoras» de precios.

En consecuencia, la esencia de esta perspectiva está anclada en la comparación entre el modelo ideal de perfección construido en la mente, por una parte y la imperfección de la realidad que percibimos a través de nuestros sentidos, por otra parte. Este es un ejercicio intelectual dudoso, pues compara la realidad con un estándar de perfección ideal que, bajo sus propios presupuestos, deja fuera los costes que los individuos deben soportar a fin de alcanzarlo. Es decir, realiza una

³⁹ Utilizamos la expresión «paradigma», en el sentido acuñado por Kuhn (1970).

comparación entre dos categorías distintas e incompatibles de la mente, por una parte, una categoría ideal de un estado óptimo, y por la otra, una evaluación sensorial de la realidad.

Como señala McNulty, «que la competencia perfecta es un ideal, incapaz de ser materializado en la realidad, es ya un tema familiar en la literatura económica. Que por varias razones sería menos que deseable, incluso aunque fuese realizable ha sido también reconocido. Pero que la competencia perfecta es un estado de cosas completamente incompatible con la idea de cualquier (y todo) tipo de competencia ha sido insuficientemente enfatizado.»⁴⁰

La aplicación de políticas de competencia ha de reconocer los problemas derivados de esta incompatibilidad, a fin de orientar sus objetivos de política hacia la construcción institucional de los mercados, no a su destrucción, en nombre de la competencia.

BIBLIOGRAFÍA

- BAUMOL, W.; PANZAR, R. y WILLIG, R. (1982), *Contestable Markets and the Theory of Market Structure*, Harcourt Brace Jovanovich, Inc., Nueva York.
- BORK, R. (1978), *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Basic Books Publisher, Nueva York.
- BURTON, J. (1994), «Competition over Competition Analysis: A guide to some Contemporary Economics Disputes», in *Frontiers of Competition Law* (Birmingham: Institute of European Law).
- CAVES, R. y PORTER, M. (1977), «From Entry Barriers to Mobility Barriers: Conjectural Decisions and Contrived Deterrence

⁴⁰ McNulty (1975, pp. 65-66).

- to New Competition», *Quarterly Journal of Economics*, mayo, 241- 262.
- CLARK, J.M. (1940), «Toward a Concept of Workable Competition», *The American Economic Review*, 30, junio.
- CRAMPTON, P. (2004), «Competition and Efficiency as Organizing Principles for All Economic and Regulatory Policy-making», *Working paper n.º 2*, Interamerican Development Bank, enero.
- DEMSETZ, H. (1969), «Information and Efficiency: Another Viewpoint», *Journal of Law and Economics*, 12, pp. 1-22.
- (1982), *Economic, Legal and Political Dimensions of Competition*, Professor Dr. F. de Vries, Lectures in Economics, v. 4, North-Holland, Nueva York, pp. 386-393.
- DORFMAN, R.P.; SAMUELSON, P. y SOLOW, R.M. (1958), *Linear Programming and Economic Analysis*, McGraw Hill, Nueva York.
- EPSTEIN, R. (1995), *Simple Rules for a Complex World*, Harvard University Press, Cambridge.
- FRIEDMAN, M. (1953), «On the Methodology of Positive Economics», *Essays in Positive Economics*, M. Friedman (ed.), University of Chicago Press, Chicago.
- HAYEK, F. A. (1948), *Individualism and Economic Order*, The University of Chicago Press, Routledge, Londres.
- (1973 [1985]), *Derecho, Legislación y Libertad* (Vol. 1), Unión Editorial, Madrid.
- (1973), *Law, Legislation and Liberty*, Vol. 1, University of Chicago Press, Chicago.
- (1976), *Law, Legislation and Liberty: The Political Order of a Free People*, Vol. 3, University of Chicago Press, Chicago.
- KEYNES, J.M. (1936 [1964]), *The General Theory of Employment, Interest and Money*, Nueva York: Harcourt, Brace & World.
- KIRZNER, I. (1973), *Competition and Entrepreneurship*, University of Chicago Press, Chicago.

- KLEIN, B. (1990), «The Use of Economics in Anti-trust Litigation: Realistic Models of the Competitive Process», in *The Law and Economics of Competition Policy*, F. Mathewson et al. [eds.] (Vancouver: The Fraser Institute.)
- KNIGHT, F. (1921), *Risk, Uncertainty and Profit*, Boston, MA: Hart, Schaffner & Marx; Houghton Mifflin Company.
- KUHN, T. (1970), *The Structure of Scientific Revolutions*, The University of Chicago Press, Chicago.
- LAZEAR, E. (1999), «Economic Imperialism», *Working Paper 7300*, National Economic Bureau of Economic Research, Cambridge.
- LOASBY, B. (1991), *Equilibrium and Evolution: An exploration of connecting principles in economics*, Manchester University Press, Manchester.
- LOUGHLIN, M. (1992), *Public Law and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford.
- MCNULTY, P. (1975), «Economic Theory and the Meaning of Competition», en *The Competitive Economy*, Y. Brozen (ed.), General Learning Press, Morristown, Nueva York.
- O'DRISCOLL, G. y RIZZO, M. (1985), *The Economics of Time and Ignorance*, Basil Blackwell, Oxford.
- POPPER, K. (1990), «Hacia una Teoría Evolutiva del Conocimiento», en *Un Mundo de Propensiones*, Editorial Tecnos, Madrid.
- RICHARDSON, G.B. (1960), *Information and Investment*, Oxford University Press, Londres.
- ROBINSON, J. (1951), *Collected Economic Papers*, Vol. 1, Basil Blackwell, Oxford.
- SCHUMPETER, J. (1983), *Capitalismo, Socialismo y Democracia*, Biblioteca de Economía, Ediciones Orbis, Barcelona.
- SOWELL, T. (1999), «The Quest for Cosmic Justice», *The Free Press*, New York, 1999, p. 27.
- STIGLER, G. (1988), *Memoirs of an Unregulated Economist*, Basic Books Inc., Publishers, Nueva York.