



UNIVERSIDAD  
TORCUATO DI TELLA ESCUELA DE

## DERECHO

Revista Argentina de Teoría Jurídica, Volumen 11 (octubre de 2010)

**Entrevista a Eduardo Stordeur. Realizada por Juan Manuel André, Maia Levy Daniel, Facundo Rojo y Daniela Schnidrig**

**Eduardo Stordeur (h) es Doctor en Derecho de Universidad de Buenos Aires. Es profesor de derecho ambiental en la Escuela de Derecho de UTDT y profesor en la Universidad de Buenos Aires. Fue recientemente visiting scholar en el programa de derecho y economía de la Universidad de California en Berkeley.**

### **1- ¿Cómo definiría "desarrollo"?**

Creo que es un término difícil de definir fuera de contexto y más apropiado para procesos planificados e intencionales (como una obra pública o un proyecto) que para designar interrelaciones sociales impersonales, del tipo que en general ocupa a las ciencias sociales, aun cuando tiene cierto arraigo para designar mejoras en algunas áreas sociales. En contextos donde las relaciones son impersonales y los resultados sociales no intencionados, me siento más cómodo con el algo anticuado, y también impreciso, término progreso. Creo, por ejemplo, que tiene más sentido referir a progreso moral que a desarrollo moral, para designar un hipotético avance o mejora en ese ámbito.

Pero cualquiera sea el término utilizado, el asunto consiste en definir cuándo hay una mejora relevante en el campo social. Una ventaja, en este sentido, que ofrece la economía aplicada al derecho, es que permite emplear los usuales criterios de eficiencia para definir cuándo hay una mejora en bienestar o riqueza, valores en general considerados importantes en la sociedad.

### **2- En su trabajo, usted explica que una de las ventajas de utilizar criterios económicos para legislar es que, en el campo del Análisis Económico del**

**Derecho (AED), hay más posibilidades de conseguir consensos que en el campo filosófico o ideológico. Por lo tanto, usted argumenta que adoptar una política más basada en criterios de AED ahorraría a los políticos los costos de ponerse de acuerdo en cuestiones filosóficas complejas. Sin embargo, ¿no se podría decir que el AED es, en algún sentido, una postura filosófica? ¿Cuál cree que es la justificación del AED?**

Creo que las ventajas del AED se extienden más allá del consenso sobre herramientas y definiciones. El empleo de teoría de precios y de juegos en el derecho ofrece enormes atractivos que explican la importante recepción de estas herramientas en la investigación y educación legal contemporánea. Buena parte de las ventajas que ofrece el AED pueden explicarse por la introducción del método de las ciencias en la investigación legal. En síntesis, la economía ofrece un marco teórico muy general y consensuado de amplia aplicación en Derecho, elimina ambigüedades en el empleo de términos, y permite explicaciones y predicciones basadas en teoría abstracta y proposiciones empíricas. Mi impresión es que el AED comparte algunos de los atractivos de la filosofía analítica y ofrece además contenidos sustantivos.

La economía permite, en suma, introducir en los estudios legales una teoría de las decisiones que permite explicaciones y predicciones del tipo usuales en ciencias más avanzadas. En el primer caso, se puede emplear economía y juegos para ilustrar los incentivos que subyacen a interacciones sociales complejas con enorme ventaja analítica respecto de descripciones en prosa basadas en experiencias o intuiciones. En el segundo, permite un modelo simple (aunque a veces limitado) para explicar los efectos o consecuencias de las reglas legales. Las herramientas de la economía pueden ser utilizadas, por ejemplo, también para examinar la eficacia o validez empírica de las reglas, su consistencia funcional con otras reglas o esclarecer conceptos o estándares que muchas veces son ambiguos en los textos o comentarios legales tradicionales. A un nivel más general, creo, muchas de las preguntas más usuales y difíciles de teoría general del derecho admiten una respuesta plausible desde el enfoque económico.

Pero el enfoque económico no sólo es útil para describir el sistema legal, sino que constituye una herramienta de primer orden en el campo normativo que permite tomar decisiones más consistentes a muy diversos niveles y objetivos. Puede

emplearse teoría económica no sólo para lograr la eficiencia sino otras metas usualmente consideradas valiosas por los analistas legales. Permite, por ejemplo, mostrar el modo en el cual se puede obtener una meta de contaminación ambiental a menores costos o examinar los efectos redistributivos de las reglas legales, estableciendo, por ejemplo, quiénes y en qué proporción se hacen cargo de los mayores costos de un impuesto o aquellos derivados de un cambio de régimen de responsabilidad civil por accidentes. Un teórico legal seriamente interesado en los aspectos redistributivos reales de las reglas debería tener fuerte predilección por las herramientas de la teoría económica y de juegos en el campo legal.

Por otra parte, muchos modelos de AED incorporan valores que son usualmente contemplados explícita o implícitamente en el sistema legal: es muy poco probable que las personas deseen, por ejemplo, reglas procesales que incrementan la suma del costo administrativo de los procedimientos y el costo asociado al incremento de la probabilidad de error en las sentencias o aquellas reglas que promueven decisiones sociales de los políticos sesgadas a favor de los intereses particulares de grupos de presión y en contra de los intereses de la comunidad. La mayor parte de los modelos suponen que las personas quieren maximizar resultados que son usualmente considerados valores muy compartidos en Derecho.

Creo, sin embargo, que la eficiencia tiene credenciales propias y constituye en muchos casos una regla atractiva para tomar decisiones legales. Después de todo el utilitarismo constituye una tradicional y acreditada forma de justificar nuestras instituciones legales y sociales y algunas de sus versiones más plausibles podrían ser compatibles con el tipo de decisiones normativas usualmente implicadas en el AED. Un trabajo importante todavía pendiente en la literatura, en mi opinión, debería examinar en detalle qué tipo o forma de utilitarismo es más consistente con las reglas o tipo de decisiones más usuales en economía aplicada al derecho.

Ese atractivo explica el gran arraigo de la eficiencia como valor en las ciencias sociales en general: después de todo, autores fundacionales de la filosofía política moderna, como Hobbes, Hume, Locke (y en menor medida) Rousseau han apelado a argumentos económicos para justificar o ilustrar problemas sociales centrales a su fundamentación del estado. En estos autores, se pueden encontrar descripciones de interacciones sociales típicas actualmente formalizadas y muy utilizadas en teoría de juegos. Sin embargo, muchos abogados de formación más bien artesanal no adecuadamente familiarizados con teoría económica todavía creen que la

eficiencia constituye una meta deshumanizada y cruel que sólo persigue obtener un tornillo adicional a cualquier costo humano y no terminan de comprender cabalmente que la metáfora de la mano invisible refiere a procesos espontáneos y equilibrios o patrones de conducta no intencionales sin los cuales la vida social (aun cotidiana) sería un misterio indescifrable.

La eficiencia, después de todo, debería tener atractivo como regla normativa: sus aplicaciones en contextos sociales piden correspondencia entre los resultados de interacciones sociales complejas con las preferencias de los miembros relevantes de esas interacciones. El analista económico del derecho examina centralmente los incentivos de las reglas legales y eventualmente los equilibrios o resultados sociales que se sigan de su aplicación. Las reglas legales no sólo permiten resolver conflictos ex post: permiten ajustar expectativas favoreciendo la cooperación social, eliminando conflictos potenciales. Esta visión del derecho, como una estructura de gobierno social basada en incentivos, tiene además largo arraigo en teoría legal y puede asociarse a explicaciones del Derecho tan fundamentales y aceptadas en el pensamiento legal contemporáneo como la de Hart. El AED enfatiza estos aspectos, tan centrales a los orígenes del pensamiento filosófico político moderno y tan descuidado en la cultura legal formalista tradicional y su medieval insistencia en examinar sólo la consistencia interna y significado de la ley.

Creo además que el examen consistente de las consecuencias de las reglas y decisiones debería ser importante para la mayor parte de las versiones más conocidas de la corrección moral. En breve: si no hay verdades morales y sólo reglas prudenciales basadas en la conveniencia, entonces, tenemos muy buenos motivos para examinar seriamente las consecuencias de las reglas y decisiones legales. Si existe alguna forma de corrección moral y está en la experiencia de una manera objetiva, necesitamos herramientas para examinar de manera precisa el modo en el cual funciona el sistema legal para examinar la relación entre cierta clase de decisiones y ese tipo de propiedades naturales en la experiencia que justificarían moralmente las decisiones. Si se prefiere una versión sociológica de la corrección moral siempre es necesario mirar seriamente la correspondencia entre las valoraciones de los grupos relevantes y las reglas legales. Y mientras algunas de las versiones más conocidas de derecho natural se toman (algo) en serio las consecuencias, todas las versiones que apelan a un contrato hipotético o criterio reconstructivo análogo de justicia, emplean técnicas de decisión racional o negociación hipotética del tipo que examina teoría de juegos cooperativa. No puedo agotar todas las miradas sobre la moral, pero creo conveniente que un observador

ideal imparcial medianamente competente debería al menos contar con alguna formación en economía: de otro modo no podría computar apropiadamente los costos y beneficios de las decisiones y su distribución.

A un nivel más instrumental, aun aquellos autores que no hacen depender la justicia de los efectos de las decisiones o reglas se han tomado muy en serio las consecuencias. Mientras Rawls intenta reconstruir una versión plausible de la justicia apelando a un modelo de elección racional, Nozick, otro autor paradigmático de fines del siglo XX, justifica o explica el estado apelando a la idea de monopolio natural del servicio de defensa. Y sería larga la lista de autores que, modernos herederos de Hume o Hobbes, emplean teoría económica o su capítulo de teoría de juegos para justificar las decisiones sociales y las instituciones.

Creo, en suma, que todas estas razones justifican plenamente la enorme recepción del AED en la educación e investigación legal contemporánea: la economía nos ofrece una enorme caja de herramientas muy potente para explicar, predecir y sugerir cambios y reformas al sistema legal. Una caja de herramientas más parecida a las que emplean las ciencias maduras que las algo ambiguas herramientas de las ciencias sociales. Una caja de herramientas que permite alta teorización abstracta y algunas importantes proposiciones empíricamente verificables.

Pero claro que una cosa es emplear la economía como herramienta auxiliar de las decisiones normativas y otra sugerir que el enfoque económico proporciona los fundamentos morales o razones sobre las cuales se deben tomar las decisiones legales. En este caso el argumento asume que la eficiencia, o algún criterio de bienestar asociado, constituye o debería constituir la regla sobre la cual se deberían tomar todas o una buena parte de las decisiones legales.

Aun cuando los economistas del derecho no son demasiado proclives a moralizar sus trabajos, en parte por límites propios de la disciplina y por el temor a introducir juicios de valor en trabajos supuestamente científicos, algunos autores muy conocidos han intentado justificar el derecho sobre la base de alguna regla normativa asociada a la eficiencia o directamente apelando a economía del bienestar.

Sobre la comienzos de la década de los ochenta, en un par de conocidos artículos,

Posner sugirió que las decisiones legales deben ser tomadas únicamente con la finalidad de incrementar la riqueza social, meta que se logra cuando los bienes están asignados a sus empleos más valiosos medidos en las cosas que las personas están dispuestas a entregar a cambio para obtenerlas o bien retener esos bienes en su poder. Más recientemente, en una serie de artículos y en un libro de alta difusión, Kaplow & Shavell han propuesto un argumento central y otros más auxiliares para intentar justificar su propuesta de que las decisiones legales deben tomarse solamente con la finalidad de incrementar el bienestar social sin otorgar peso a los criterios de justicia. Con independencia de algún mérito hay cierto consenso acerca del relativo fracaso de estas ambiciosas propuestas.

Posner no logró mostrar en qué sentido la riqueza constituye un valor y probablemente equivocó el modo usual en el cual se emplea la economía en sentido normativo: se asume que las personas maximizan utilidad y no la riqueza, por lo cual no tenía demasiado sentido poner tanto énfasis en esta segunda meta, que obviamente sólo tiene valor instrumental. Entre otros problemas, tampoco logró mostrar que la riqueza social justifica derechos centrales como la libertad ambulatoria o el derecho al propio trabajo. Su intento posterior de justificar la riqueza en un contrato hipotético sobre la base de información o conocimiento natural, es decir el frecuente que las personas disponen, fue muy criticado: sacaba derechos a subasta al modo de un rudimentario y brutal utilitarismo, en un contexto donde no había motivos para la imparcialidad y donde era muy dudoso que las personas siquiera acordaran en iguales reglas y mucho menos en maximizar la riqueza social. En parte el problema del nuevo argumento estaba en el primero: si la riqueza no es un valor en sí mismo, no había motivos para elegir reglas que maximizan la riqueza y no otras que (por ejemplo) incrementan un valor como la utilidad o alguna forma de igualdad. Creo que Posner es un gran teórico legal y sus notables aportes, en mi opinión, exceden el ámbito del AED, pero su tentativa de justificar las decisiones legales en la riqueza basada en el contrato social fue merecidamente cuestionada.

De igual modo, un ligero examen de la literatura mostraría que los argumentos de Kaplow & Shavell tampoco tuvieron buena recepción. El argumento central postula que las teorías de la justicia, que tienen por nota común otorgar peso moral independiente de las consecuencias a razones basadas en equidad o imparcialidad, tienen altos costos en utilidad puesto que violentan el criterio de eficiencia de Pareto. Cuando se aplica un criterio de justicia de este tipo, dicen los autores, todos o algunos quedan en peor situación desde el punto de vista del bienestar, en tanto

hay disponible alguna distribución que mejora el bienestar de las personas implicadas, desde el punto de vista de sus propias preferencias. Pero esta afirmación es claramente tautológica y tiene el mérito (como afirma Coleman) de comparar la pera con la manzana desde el punto de vista de cuál tiene más gusto a Pera. El argumento es tautológico e irrelevante para comparar criterios de justicia con criterios basados en el bienestar. Esta serie de trabajos, sin embargo, mostró algunas relaciones interesantes entre algunas nociones de justicia y el bienestar. Los demás argumentos no son centrales al propósito de los autores, razón por la cual no vale la pena comentarlos en este breve espacio.

Creo que una defensa de la plausibilidad de la eficiencia como criterio normativo en el Derecho debería apelar a alguna variante del utilitarismo compatible con el tipo de decisiones o reglas usualmente empleado en AED. De ese modo podría mostrarse, aprovechando una larga tradición de filosofía política y moral, que la eficiencia o alguna variante de la utilidad asociada a la eficiencia satisface al menos en un grado apreciable ciertas reglas de plausibilidad que han sido consensuadas en la literatura, en particular que constituye una variante de aquello usualmente denominado "punto de vista moral" que enfatiza la imparcialidad en las soluciones normativas. Esta empresa no sería simple porque en muchos casos los empleos más usuales del criterio de eficiencia no necesariamente conducen a incrementos de utilidad (y sí de riqueza). Por ese motivo, y otros de ética normativa, me inclinaría por alguna forma de utilitarismo de reglas o de contractualismo, para introducir alguna forma de neutralidad y salvar algunas objeciones tradicionales al AED.

Esto es muy largo y complejo y no he trabajado este asunto. Pero en suma, creo que si se logra mostrar que el AED ofrece una concepción del derecho respetable en términos de la teoría legal, que su meta ética es adecuada y que en general comparte atractivos usualmente destacados del utilitarismo eliminando al mismo tiempo algunos de sus más conocidos problemas, debería tener buenas posibilidades de ser mirada como una seria propuesta normativa en el campo de la filosofía legal.

Creo conveniente que una empresa de ese tipo sea fundamentalmente desarrollada al menos con la participación de un filósofo. Para muchos campos los economistas tienen muchas ventajas sobre los abogados o filósofos, pero para la filosofía son los filósofos profesionales los que cuentan con ventaja: pienso que muchos errores no hubiesen sido cometidos si los autores que he comentado hubiesen estado más familiarizados con meta ética y/o discusiones muy conocidas en el campo de la

filosofía utilitarista. Los filósofos analíticos usualmente no comenten errores simples en materia argumental: difícilmente comparen la pera con la manzana sobre la métrica del gusto a pera o sean capaces de sugerir seriamente que un valor obviamente instrumental como la riqueza puede ser defendido sobre sus propios méritos o que una función privada de utilidad puede consistentemente incluir preferencias sobre los planes de vida de otras personas y al mismo tiempo mantener la regla de la utilidad en la función social de utilidad que sería fundamento del sistema legal.

### **3- ¿En qué áreas deberían aplicarse criterios de AED para fomentar el desarrollo?**

La pregunta puede interpretarse de diversas maneras y tiene el problema de que requiere conocer antes qué es desarrollo, una palabra demasiado ambigua. Pero entiendo que la pregunta refiere al peso relativo que debería tener la eficiencia en diversas áreas del derecho.

Un tema complicado ya que no sabemos muy bien cuál es el valor que debería tener la eficiencia en el polémico ámbito de las decisiones legales. Pero puede intentarse una respuesta descriptiva muy general. Creo que hay algunos campos del derecho donde la eficiencia tiene un lugar intuitivamente más importante que en otros. En tanto creo que la eficiencia constituye al menos un valor para muchos campos del derecho, tiene más sentido buscar o examinar los casos donde posiblemente no tenga demasiado valor, fundamentalmente por razones o aplicación de diversos criterios de justicia o principios muy arraigados de derecho que piden soluciones normativas contrarias a las soluciones basadas en eficiencia. En este caso el razonamiento podría funcionar del siguiente modo: la eficiencia constituye un valor que debe tomarse en cuenta siempre que no haya algún motivo basado en algún criterio de justicia que haga poco plausible su empleo. Una respuesta más bien descriptiva a la pregunta podría examinar cuáles son los campos del sistema legal donde hay concepciones de justicia o principios muy aceptados de derecho inconsistentes con los criterios de eficiencia.



Otro problema, independiente de los criterios de justicia o principios aceptados del derecho, son aquellas áreas donde la eficiencia o las herramientas de la justicia no pueden emplearse en todo su potencial por cuestiones técnicas. Este segundo problema no debería ser tan serio como el primero, pero en la práctica funciona como un límite a la teoría económica en el derecho.

#### **4- ¿Cree que hay áreas en las que no deberían aplicarse criterios de AED? ¿Por qué?**

Como afirmaba en la respuesta anterior, parte del problema requiere identificar los criterios de justicia que de alguna forma podrían vetar el empleo del criterio de eficiencia en distintas áreas del derecho. No puedo ser exhaustivo sobre este punto que requiere una investigación específica, pero creo que puede obtenerse una respuesta inicial algo panorámica y descriptiva. Otro problema o límite para la eficiencia son aquellas áreas del derecho que refieren a contextos sociales donde las herramientas de la economía no pueden emplearse de modo fructífero. Contesto primero esta segunda, más simple, para después centrarme en el primer caso. En los dos casos voy a intentar una respuesta más bien descriptiva del problema que personal del asunto y por cuestiones de espacio no voy a considerar la eventual posible respuesta de la eficiencia a estas objeciones.

Una primera clase de casos que pueden impactar negativamente en la recepción del AED en campos específicos del derecho, refiere a aquellos en los cuales las herramientas de la economía no pueden ser empleadas con gran ventaja. Esto sucede, en particular, en interacciones donde no hay precios y donde las usuales técnicas para conocer las preferencias no encuentran buenos sustitutos a los precios, como sucede en algunos campos del derecho ambiental, el derecho de familia o bien en algunas aplicaciones del derecho penal. Por ejemplo, si queremos que la pena disuada al delincuente racional su probabilidad de aplicación multiplicada por su cuantía esperada debe ser mayor al ingreso esperado del delito, pero para muchos delitos es difícil hacer estimaciones de esta naturaleza, como puede suceder en los delitos contra las personas no asociados a delitos contra la propiedad. La objeción en estos casos es simplemente instrumental y no definitiva, pero en el extremo puede eliminar buena parte de las ventajas asociadas a la economía y dejar algo impotentes a los criterios de eficiencia. Sin embargo, no subestimaría demasiado las técnicas de costo beneficio y otras usuales en AED para

reproducir resultados de mercados hipotéticos en interacciones complejas donde no hay precios explícitos o sombra disponibles.

Un argumento más fundamental refiere a la existencia de criterios de justicia o principios muy arraigados en diversas áreas del derecho que inconsistentes con la eficiencia podrían vetar su empleo como criterio para asignar derechos. El argumento puede asumir diversas formas y una descripción más o menos completa requeriría un largo estudio, pero es posible identificar algunos casos muy generales.

Creo que una forma muy general de este argumento asume que algunos valores no admiten términos de intercambio con otros bienes, sea porque tiene un valor no instrumental o porque refieren a alguna forma de dignidad de las personas. El argumento es que algunos bienes no pueden o no deberían medirse apelando a la métrica de las preferencias basadas en capacidad y voluntad de pagar por obtener un derecho o retenerlo. Un buen ejemplo, nuevamente, puede tomarse del derecho ambiental donde muchos autores consideran que algunos recursos ambientales tienen valor no instrumental que elimina la plausibilidad de asignarlos conforme precios, aun si fuese enteramente posible. Algunos animales o recursos ambientales muy valorados, por ejemplo, podrían tener un valor no instrumental que no admite el tipo de balances entre costos y beneficios usuales en economía normativa. La salud de las personas muy adultas o enfermos, por ejemplo, podría pedir un mínimo de calidad ambiental con independencia de la cantidad óptima de emisiones. Algunos autores quizás podrían insistir que determinadas condiciones laborales no deben ser admitidas aun cuando sean consentidas y verifiquen criterios de eficiencia en el mercado laboral.

Otra evidente objeción algo generalizada, desde luego, es el argumento de la equidad. Usualmente el AED pone más énfasis en la eficiencia que en la distribución de la riqueza y muchos críticos han objetado la justicia de las distribuciones del mercado. Relacionado con esto, algunos autores podrían considerar que la sociedad debe proveer acceso no restringido a la capacidad de pagar a ciertos bienes considerados centrales para el plan de vida de las personas, como la salud o la educación.

Creo que, en la forma en que usualmente son expuestas en doctrina legal, estos argumentos requieren mucho trabajo empírico: su plausibilidad requiere mostrar que la riqueza o mayor riqueza no logra esas metas mínimas, al menos en un grado

apreciable y que sí lo hace alguna forma de distribución planificada o reglas que interfieren en el funcionamiento de los mercados. Aun así, y dejando de lado muchos argumentos, como los pobres incentivos de los funcionarios para asignar conforme equidad o justicia, queda todavía el interrogante de si conviene redistribuir por medio del sistema legal o apelando a otras herramientas como los impuestos.

Otro asunto complejo, desde luego, refiere al caso de los derechos inalienables, aquellos que la mayor parte de las personas no quiere en los mercados aun cuando colocarlos significaría una mejora en términos de bienestar, tal como sucede con los órganos humanos o la compra y venta de menores. En muchos casos, además, algunos autores podrían considerar que el fin del derecho es ejercer cierto paternalismo sobre los planes de vida o decisiones de las personas y decisiones o reglas amparadas en este criterio violarían explícitamente algunos supuestos del criterio de eficiencia, centralmente la idea de que son las personas los mejores jueces de sus propias preferencias. Esto podría llevar a algunas personas a justificar la actual prohibición de consumir drogas, dominante en la mayor parte de las naciones del mundo, aun cuando se mostrase que estos actos no generan costos significativos para las demás personas.

Quienes, por el contrario, ponen mucho énfasis en la autonomía individual podrían objetar que algunas aplicaciones de los criterios de eficiencia son demasiado restrictivos de los derechos de propiedad privados y la libertad de contratar. El argumento, por ejemplo, podría decir que las personas tienen derecho a transferir libremente todo aquello que han adquirido sin violar derechos de terceros a cualquier precio, con independencia de si su actividad es monopólica, una imperfección de mercado que para muchos economistas autoriza al estado a regular la actividad privada. Muchos autores libertarios claramente objetarían que algunas injerencias del estado basadas en el bienestar no están justificadas si nos tomamos en serio la libertad o autonomía de las personas.

Hay otros argumentos usuales y principios de derechos que pueden entrar en conflicto con los criterios de eficiencia y hay además muchas formas de emplear herramientas de economía en el campo normativo que, desde luego, no he considerado. De modo que esto es sólo un comentario muy general y preliminar. Pero sólo estos motivos muestran que el derecho de la seguridad social, el derecho

del trabajo, el derecho penal, ambiental y de familia, son algunos campos del derecho donde creo que la eficiencia como criterio normativo podría enfrentar más objeciones que las usuales. Estas reflexiones breves no expresan necesariamente mi opinión sobre estos temas: sólo quería ilustrar algunos límites al uso de economía normativa en el campo del derecho, en un sentido descriptivo.

**5- ¿Qué califica como "bien público" en el contexto ambiental? ¿Se usa la noción? ¿Considera que puede manipularse el concepto?**

El problema ambiental tiene dos componentes: uno institucional y otro natural. El primero consiste en la capacidad limitada de carga de desechos que tienen los recursos ambientales y el segundo, central pero no completamente, puede explicarse como un caso de externalidades negativas derivadas de la propiedad común sobre bienes ambientales y la naturaleza de bien público de la calidad ambiental.

Como afirmó Aristóteles y fue explicitado en la década de los sesenta, cuando las personas tienen libre acceso a bienes comunes que son escasos y valiosos, como la capa de ozono, la atmósfera o los recursos pesqueros de los océanos, enfrentan incentivos perversos que las llevan a sobre utilizar estos recursos sin consideración por el bienestar de los demás. En estos contextos, las personas que usan los bienes comunes concentran beneficios en su persona y trasladan costos o externalidades a los demás comuneros agotando y sobre utilizando los recursos. Buena parte del derecho ambiental puede explicarse como una respuesta evolutiva a este problema de ausencia o falla de mercado conocido como "tragedia de los comunes".

Aun cuando es infrecuente el empleo de teoría económica explícita por parte de los autores de derecho ambiental, la doctrina legal ha receptado el problema al destacar la naturaleza común de estos bienes a los que llaman bienes colectivos o indivisibles. El daño típicamente ambiental, por ejemplo, es denominado daño de incidencia colectiva precisamente para distinguirlo del daño privado por medio del ambiente, y en referencia a alteraciones graves negativas sobre la calidad de un recurso ambiental compartido por un gran número de personas. Esta descripción es más imprecisa pero análoga a la más frecuente en economía que, como he comentado, explica el problema ambiental como un caso de externalidades negativas o costos que las personas imponen sobre las demás, consecuencia del libre acceso y la ausencia de mecanismos de exclusión en el uso y empleo de los

bienes ambientales.

Pero el problema ambiental no termina con las externalidades negativas derivadas de la tragedia de los comunes. Otro caso típico de falla de mercado, especialmente relevante para una explicación económica del derecho ambiental, es el caso de los bienes públicos, aquellos que tienen dos características por las cuales se supone que en muchos casos no pueden ser provistos de modo eficiente por la iniciativa privada: la “no rivalidad” y “no exclusión”. Hay una variedad importante de ellos, como por ejemplo, el alumbrado de las calles y la defensa nacional, casos donde toda la población consume tales bienes sin que el consumo de alguien vaya en detrimento del consumo del mismo bien por parte de los demás y donde tampoco es posible que cada uno elija la cantidad a consumir y pague por ella. Quien transita por una vereda no puede, de hecho, elegir comprar más iluminación para sí, independientemente de la que reciben todos los demás transeúntes.

Estas dos características definen la categoría de bienes denominados “bienes públicos”, y hacen que estos bienes no puedan, en muchos casos, ser provistos privadamente a través de transacciones de mercado, simplemente porque dadas las dificultades de excluir a quienes no pagan el servicio, las personas enfrentan buenos incentivos para constituirse en “viajeros gratuitos”: personas que, especulando con la imposibilidad de ser excluidos del servicio, simplemente no pagarían el mismo, razón por la cual el mercado no podría ofrecer el servicio en la cantidad eficiente. La imperfección de mercado asociada a los bienes públicos, que reduce la eficiencia, consiste en que en muchos casos no hay mercados dispuestos a ofrecer estos bienes, al menos en las cantidades óptimas y, por lo tanto, su provisión requeriría en muchos casos la intervención de los poderes del Estado, financiada por impuestos. El problema central es el de no exclusión: en tanto es imposible o muy costoso excluir a quienes no pagan, se realizan menos transacciones que las que existirían con exclusión.

El problema es que la defensa y preservación del ambiente, en muchos casos, adopta características de bien público: no es posible, por ejemplo, excluir a una persona de la calidad de capa de ozono que impide el ingreso masivo de rayos ultravioletas en la biosfera, en principio con consecuencias negativas para la salud humana y los ecosistemas, del mismo modo que tampoco es posible excluir o hacer pagar a individuos por una cantidad determinada de preservación de especies. El argumento es que dada estas fallas (o ausencia) de mercados el estado debe regular

las actividades que generan externalidades y tomar medidas para proteger anticipadamente estos recursos que en muchos casos son o serían no renovables y vitales para las generaciones actuales y futuras. Aun cuando la mayor parte de los autores de derecho ambiental no apelan en forma explícita al concepto de bienes públicos, esta idea subyace a muchos argumentos que explican el derecho ambiental y buena parte de la evolución y forma actual de las principales instituciones del derecho ambiental.

En este contexto, el derecho ambiental puede ser visto como una herramienta adicional que limita en forma directa el acceso a bienes comunes exigiendo determinadas condiciones a aquellas actividades en capacidad de dañar el ambiente, o bien imponiendo sanciones que operan como precios y que por lo tanto incentivan a que en esas actividades se adopten determinados niveles de cuidado que tienden a proteger los bienes o recursos ambientales.

Por último, no creo que el concepto pueda ser manipulado aun cuando la división entre bienes públicos y privados admite grados. El problema más serio en materia ambiental, creo, es la ausencia de información científica y de demanda de calidad ambiental, sumado a una mirada excesivamente política en un tema que despierta demasiadas pasiones en contextos donde no es muy claro que los funcionarios cuenten con buenos incentivos para tomar medidas adecuadas. Por otra parte, el problema ambiental, en su forma moderna, es demasiado reciente en términos de experiencia institucional y probablemente lleve un buen tiempo lograr mejores criterios y respuestas institucionales.

**6- Algunos problemas ambientales son considerados problemas típicos de bienes públicos. Por lo tanto, según la doctrina del AED, sería útil establecer regulaciones para mejorar las imperfecciones de ese mercado. ¿Cree que podrían implementarse en Argentina (o en América Latina) medidas basadas en el AED para solucionar problemas ambientales? ¿Qué políticas le parece que habría que adoptar? (Por ejemplo, impuestos verdes, un sistema de derechos transferibles para contaminar, etc.)**

Dejando de lado de que no llamaría al AED una doctrina, al menos en el sentido que usualmente se emplea el término, creo que la economía tiene mucho para aportar al derecho ambiental. El problema ambiental más típico constituye un problema de costos externos negativos asociados a la naturaleza común de los bienes

ambientales. En el caso de la polución, por ejemplo, quienes emiten CO<sub>2</sub> obtienen beneficios de manera directa, mientras que los costos de la degradación ambiental se trasladan al resto de las personas.

Visto desde esta perspectiva, es claro que el derecho ambiental constituye una herramienta para internalizar o eliminar los costos externos que recaen sobre la sociedad, consecuencia del empleo excesivo de recursos ambientales, en un contexto donde protegerlos tiene características de bien público. Y la teoría económica permite examinar con herramientas analíticas más precisas y adecuadas las condiciones en las cuales conviene emplear diversas reglas legales para eliminar las externalidades y problemas de acción colectiva en general, aun cuando el conocimiento de las reglas y procedimientos legales es también insustituible para otros aspectos importantes del asunto.

Un límite práctico para la economía normativa aplicada al derecho ambiental, sin embargo, es el principio de desarrollo sostenible, un importante principio de derecho y política ambiental internacional, receptado en nuestro sistema legal a nivel Constitucional. Mientras la eficiencia pide limitar la contaminación hasta el punto donde el daño adicional asociada a cada unidad relevante de contaminante por un periodo de tiempo determinado iguala al costo asociado a eliminar o abatir esa unidad precisa de contaminante, el principio de desarrollo sustentable nos pide una meta algo imprecisa pero claramente diferente a la eficiencia: en general, emplear los recursos de modo tal que se tomen en cuenta el bienestar de las futuras generaciones.

Pero la economía todavía resulta de enorme utilidad práctica, puesto que permite (entre otras cosas) examinar los modos en los cuales se pueden obtener las metas de contaminación establecidas conforme el principio de desarrollo sustentable o cualquier otro criterio político, al menor costo de oportunidad. En este sentido, creo que la teoría económica y experiencia internacional muestra que no hay herramientas institucionales óptimas con independencia del contexto, pero que en general aquellas basadas en incentivos superan en eficiencia a las regulaciones tradicionales.

Un instrumento interesante, por ejemplo, son los permisos negociables de contaminación, una forma de poner los mercados a trabajar a favor del ambiente y lograr metas de menor contaminación a menores costos. Estos permisos autorizan

a determinadas personas a emitir una cantidad determinada de contaminantes por un periodo de tiempo, los que pueden ser comprados y vendidos en mercados. Estos instrumentos generan buenos incentivos para que las personas gasten de manera adecuada en abatir la contaminación, permitiendo que aquellos que pueden abatir a menores costos vendan excedentes a quienes enfrentan mayores costos y de ese modo se logren metas de contaminación a menores costos. Esta técnica, además, genera buenos incentivos para mejorar la tecnología y en general pide menos información a las autoridades que otras reglas o políticas basadas en regulaciones. Hay buena evidencia sobre el éxito de estos programas.

En algunos contextos más restringidos, los impuestos ambientales pueden incentivar a que los potenciales contaminadores eliminen a menores costos desechos obteniéndose también metas ambientales a menores costos. Mientras en Estados Unidos hay buena experiencia con los derechos o permisos transferibles de contaminación, en Europa del norte se han logrado buenos resultados apelando a los impuestos ambientales. Y algunos autores han sugerido la deseabilidad de sustituir impuestos tradicionales que en general afectan la eficiencia de los mercados por impuestos ambientales que corrigen fallas del mercado. En algunos casos, se han sugerido también políticas basadas en exenciones impositivas y mayor definición de derechos de propiedad en sentido tradicional, experiencia que ha cosechado también buenos resultados y que creo debería ser más examinada en la literatura. Otra política ambiental atractiva es el uso de información ambiental a gran escala. Hay buena experiencia sobre la materia y sería interesante que a nivel local se ponga más atención en la experiencia internacional. También, desde luego, las etiquetas ambientales pueden contribuir, junto a otras medidas innovadoras que han dado buenos resultados y que lamentablemente no han sido intentadas en Argentina.

El derecho ambiental constituye una forma más de política descentralizada para internalizar efectos externos derivados del uso común de bienes ambientales. El derecho de daños, por ejemplo, obliga a reponer a su estado inicial el sector dañado o bien integrar una suma en concepto de indemnización a un fondo. Si bien el derecho de daños opera ex post, genera buenos incentivos ex ante para que los operadores en capacidad de producir daño ambiental adopten niveles más adecuados de cuidado y cantidad de actividad en términos al valor o demanda de calidad ambiental. Los procesos colectivos, la validez erga omnes de las sentencias, las enormes facultades concedidas a los tribunales en estos campos, entre otras herramientas, colocan en manos de los jueces herramientas formidables para



promover una mejor calidad ambiental. Estas herramientas, al mismo tiempo, podrían lesionar otros derechos que consideramos importantes y por eso creo que la experiencia institucional y avance doctrinario en la materia deberían establecer con el tiempo reglas más precisas y adecuadas.

En el caso de Argentina, creo que parte del problema es que aun cuando contamos con avanzadas instituciones de derecho ambiental en términos históricos, tenemos poca experiencia en la materia, baja calidad institucional en general y no es muy seguro que esas herramientas se estén empleando correctamente o en todo su potencial. Otro problema más central e importante, creo, es que Argentina opera en general con regulaciones basadas en prohibiciones que en los hechos se han mostrado muy ineficientes para impedir la contaminación, en especial por problemas de información e incentivos de los funcionarios públicos. Argentina usa herramientas institucionales muy anticuadas e ineficientes para combatir la contaminación: prohibiciones y regulaciones. Creo, en este sentido, que debería estudiarse seriamente el empleo de herramientas basadas en incentivos, como permisos de polución intercambiables, impuestos, exenciones impositivas y adecuado manejo de la información ambiental, herramientas que han sido exitosas en otros países.

Pero reconozco, como sugiere la pregunta, que cierta dosis elemental de realismo debería tomar en cuenta las limitaciones usuales que enfrentamos en Argentina para hacer cumplir la ley. Es posible que algunas herramientas algo sofisticadas requieran cierta cultura de cumplimiento de la ley que no sea posible en nuestro contexto actual de desarrollo institucional. Pero, dependiendo del contexto y de la voluntad política en mejorar la calidad ambiental, creo que hay muchas reformas posibles basadas en incentivos que podrían mejorar sensiblemente la política ambiental en Argentina.

## **7- ¿No podrían estas medidas frenar el desarrollo económico?**

Esto nos lleva nuevamente al terreno de las definiciones complejas. En condiciones muy generales, cualquier recurso que se emplea en abatir la contaminación supone menor cantidad de otros bienes. De modo que si el desarrollo económico refiere exclusivamente a bienes y servicios privados que usualmente cuentan en las

estadísticas del PBI, la respuesta es claramente afirmativa. Pero aun sin apelar al concepto de “desarrollo sustentable” algunas personas podrían tomar en cuenta a la calidad ambiental para definir el “desarrollo económico”. En este sentido, si se asume, como parece plausible, que las personas demandan algún nivel de calidad ambiental, entonces el concepto de desarrollo económico debe o debería incluir la calidad de bienes ambientales junto a otros bienes no ambientales. La medida en la cual las personas están o estarían dispuestas a sacrificar otros bienes no ambientales por bienes ambientales, constituye desde luego, en los hechos, un problema: no hay precios que revelen la demanda de calidad ambiental y las técnicas usuales de costos y beneficio no necesariamente ofrecen medidas confiables. En muchos casos intereses de grupos podrían hacer que se regule de más o de menos que la cantidad eficiente y hay otros problemas importantes en este asunto. Pero sólo quiero decir que una descripción analítica plausible de desarrollo económico debería o podría incluir la calidad ambiental.

La pregunta podría ser interpretada de un modo más simple y en ese caso, aun cuando los costos asociados a la protección ambiental son muy importantes, la respuesta es alentadora: muchos países ricos en sentido tradicional han logrado mejorar la calidad de algunos bienes ambientales y seguir siendo ricos. Visto a cierta escala, por lo tanto, no debería haber un serio problema entre la riqueza en su concepción usual y la calidad ambiental. Sin embargo algunos autores han estimado los altos costos de las políticas ambientales y muchos autores creen que éstos podrían ser exagerados. En este campo, probablemente, el problema más serio es la falta de información científica confiable respecto de algunos problemas ambientales de gran escala y el valor que las personas otorgan a los bienes ambientales. Esto deja abierto un rango muy amplio para definiciones políticas que no necesariamente deben o pueden ser correctas o apropiadas para resolver problemas ambientales.

