

## Magia en la Frontera y la Norma de Eficiencia

Por Russell Hardin

### [Magic on the Frontier: The Norm of Efficiency](#)

University of Pennsylvania Law Review  
Vol. 144, No. 5 (May, 1996).

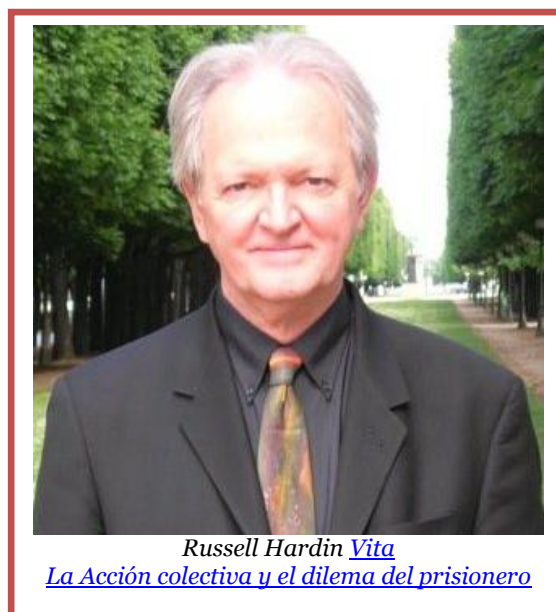
Versiones anteriores de este artículo fueron presentadas en un panel en la Reunión Anual de la American Political Science Association, Chicago, septiembre de 1992, en el taller de teoría legal de la Facultad de Derecho de Chicago-Kent College of Law, la Yale Law School, y el seminario del Center for the Study of Public Choice, universidad George Mason. Quiero agradecer a los participantes en todas estas ocasiones por comentarios críticos sobre borradores previos. Los comentarios de Richard A. Posner y Rogers Smith fueron extensos. También doy las gracias a Paul Bullen por la ayuda de investigación y a las Fundaciones Andrew W. Mellon y Russell Sage por su apoyo. [*Nota del traductor: Se agradecen observaciones formuladas por la doctora Liliana Isabel Hers a una versión previa.*]

### Introducción: la Norma de Eficiencia en Derecho

La norma central en derecho y economía es la eficiencia - no la eficiencia en el sentido de eficiencia de algunos medios para un determinado fin, sino en el sentido de eficiencia productiva y asignativa. Esta norma ha subido lentamente hasta tomar su lugar como quizás la norma dominante de muchas partes del derecho, especialmente en la ley de contratos y en la responsabilidad civil. Curiosamente, sin embargo, no es una noción simple o transparente como se articula en el discurso jurídico, y ha sido objeto de un continuo debate teórico. Quiero trazar el auge y la justificación de esta norma desde la obra de Thomas Hobbes hasta nuestros días.

El desarrollo de la noción de eficiencia ha sido, por supuesto, facilitado por el hecho de que tiene una importancia central en economía. De hecho, proporciona fundamentos normativos a la economía, incluso cuando los economistas insisten en que desean mantener separadas las cuestiones normativas y explicativas. En el derecho y economía contemporáneo, la eficiencia se considera una noción tanto explicativa como normativa. De hecho, se toma como explicativa sólo porque es vista normativamente como muy convincente. Los jueces y las partes en los juicios comparten implícitamente la norma que rige, por lo tanto, el derecho consuetudinario, aunque la legislación a veces viola la norma.

Hay un severo problema teórico con un principio de eficiencia, a saber, cómo manejar las asignaciones entre partes que interactúan. Si se pueden hacer comparaciones interpersonales de costos y beneficios entre las personas, no tenemos necesidad de un principio de eficiencia asignativa ni, dadas las teorías científicas y tecnológicas pertinentes, de un principio de eficiencia productiva. Si no podemos hacer comparaciones interpersonales, cualquier principio de eficiencia debe reducirse esencialmente a un principio de ventaja mutua. Este principio plantea su propio difícil problema. Por lo general, necesitamos recurrir a acciones legales sólo cuando existe un problema que, en cierto



sentido, no puede resolverse en beneficio mutuo de ambas partes o de todas. Por lo tanto, típicamente no puede haber una resolución eficiente de un caso particular.

Consideren reglas que parecen ser eficientes, tales como *stare decisis*. Casi no tiene contenido. Tiene, sin embargo, tres grandes valores. En primer lugar, contribuye a establecer expectativas estables de parte de casi todos los actores, tanto los regulados por la ley como los del propio sistema jurídico. En este sentido, la regla es estratégicamente eficaz para dar a los actores un incentivo a comportarse de manera más productiva. En segundo lugar, la norma reduce en gran medida el volumen general de casos que deben ser objeto de litigio u oídos, en parte cambiando el comportamiento de una manera que posiblemente reduzca la probabilidad de que las partes recurran a litigios. También da plausiblemente señales claras sobre cómo los tribunales decidirían que los potenciales litigantes eviten el desperdicio de un juicio. En tercer lugar, reduce en gran medida los costos de decisión de los jueces en muchos casos que se escuchan. De todas estas maneras, es probable que la regla sea enormemente eficiente a menos que el estado del mundo al que se aplica esté cambiando de una manera importante. Voy a discutir brevemente dos de estas consideraciones, mientras que postergaré la tercera para más tarde.<sup>1</sup>

El primero de los grandes valores de *stare decisis* es esencialmente la tesis central de Hobbes aplicada al derecho. Hobbes sostuvo que cualquier gobierno que produjera orden debería ser apoyado porque los riesgos de intentar cambiarlo serían mutuamente dañinos.<sup>2</sup> Muchas reglas comparten esta característica de *stare decisis*, aunque a menudo pueden ser eficientes principalmente por la razón estratégica de que afectan el comportamiento ex ante. Por ejemplo, consideren la regla de *Hadley v. Baxendale* contra los daños indirectos.<sup>3</sup> Si sé que mi uso de su producto o servicio tiene riesgos mucho mayores en juego para mí que los que usted por lo general espera que tenga, yo soy responsable de tomar precauciones adicionales; de lo contrario, sufriré los costos adicionales. Usted tiene que cumplir solamente con el producto o el servicio defectuoso, no con los daños indirectos. Por lo tanto, puedo comportarme de manera diferente en el uso de su producto. Incluso si eventualmente deseo demandarle por las grandes pérdidas que he sufrido, seré disuadido por la mayoría de los abogados que podría consultar. Si, sin embargo, yo demando, el juez no requerirá mucha deliberación para decidir en mi contra.

Es sorprendente que el juez que emite un fallo desde la eficiencia bajo el *stare decisis* o *Hadley v. Baxendale* bloquee los daños indirectos desde afuera del caso en cuestión. Este hecho complica la afirmación de que la eficiencia explique el contenido del derecho consuetudinario, incluyendo el contenido de las decisiones en varios casos, más las reglas que pueden derivarse de tales casos. Plantea la cuestión de cuál es la norma de eficiencia y de cómo funciona. Para responder a la primera cuestión, podemos rastrear la evolución de la norma en respuesta a los problemas que varios pensadores estaban tratando de resolver. Una respuesta a la segunda cuestión debe partir de la posibilidad de que pocos jueces hagan inferencias sobre las eficiencias relativas en juego en los casos en que ellos dictaron sus fallos. Por lo tanto, tendríamos que demostrar que las reglas subsidiarias o las normas que los jueces siguen en

<sup>1</sup> Véase *infra*, parte IV.B.

<sup>2</sup> Véase Thomas Hobbes, *Leviathan*.

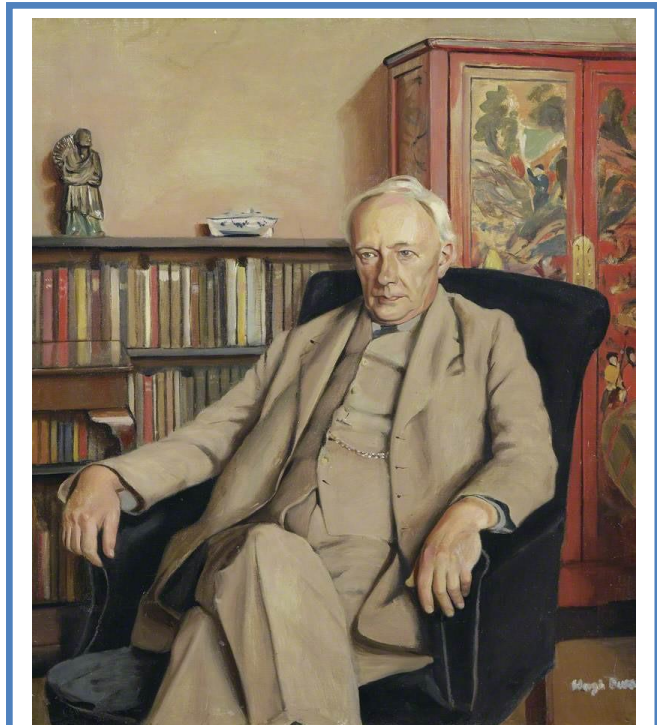
<sup>3</sup> Véase *Hadley v. Baxendale*, 156 Esp. Rep. 145, 151, 9 Ex. 341 (1854) (*Where two parties have made a contract which one of them has broken the damages.., should be such as may fairly and reasonably be considered either arising naturally ... or such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties*).

la práctica son eficientes, es decir, que seguir estas normas sirve a los intereses mutuos de todos los interesados. En este artículo, sugeriré un modelo de cómo tales normas subsidiarias podrían ser normas auténticas que son internamente reforzadas por los miembros de la comunidad legal, especialmente por los jueces. En la Parte I, ofreceré una breve discusión de la implicancia colectiva del interés propio, que es la ventaja mutua. En la Parte II, analizo el desarrollo de puntos de vista sobre la eficiencia del derecho, desde Hobbes hasta Posner. En la Parte III se analiza el mayor cambio de opinión sobre el curso de ese desarrollo: la elevación de los valores marginales por encima de los fundamentales. La Parte IV considera a la eficiencia como una norma en el sistema legal, para los litigantes y para los funcionarios del sistema legal. La Parte V aborda brevemente la afirmación de que la preocupación por la eficiencia lleva al conservadurismo en derecho y, finalmente, la Parte VI concluye con observaciones generales sobre los problemas de los argumentos de ventaja mutua en derecho.

### I. Implicancia Colectiva del Interés Propio

Durante los siglos XVIII y XIX, la microeconomía y el utilitarismo se desarrollaron juntos. A fines del siglo George E. Moore fue el primer filósofo utilitarista importante que no escribió sobre economía; de hecho, los economistas no se sorprenderían de saber que él destruyó la teoría del valor y, con ello, al utilitarismo. Su teoría del valor volvió a la noción cruda de que el valor es inherente a los objetos independientemente del uso o placer de cualquiera de esos objetos.<sup>4</sup> Una variante de esta noción está detrás de la teoría del valor trabajo, según la cual el valor de un objeto es la cantidad de tiempo total de trabajo requerido para producirlo.<sup>5</sup>

Si bien varios (tal vez la mayoría) de los economistas de la tradición anglosajona continuaron siendo utilitaristas luego del cambio de siglo, en la filosofía el utilitarismo se apartó de la economía y, desde entonces y desafortunadamente, de los desarrollos de la teoría



[George Edward Moore 1873-1958](#)  
G.E. Moore in the [Internet Encyclopedia of Philosophy](#)

<sup>4</sup> Véase G.E. Moore, [Principia Ethica](#) 84 (1903) (argumentando que el todo puede ser mayor que la suma de sus partes y viceversa).

<sup>5</sup> El exponente más renombrado de una teoría del valor trabajo fue Karl Marx, cuya posición figura en 1 Karl Marx, [Capital](#), 41-48 (Ernest Untermann ed. & Trans., Random House 1906) (Frederick Engels 4ta. ed. 1890). Para exegesis y críticas cuidadosas, ver Gerald A. Cohen, *History, Labour, and Freedom: Themes From Marx* 209-38 (1988) y Fernando Vianello, *Labour Theory of Value*, in 3 *The New Palgrave: A Dictionary of Economics* 107-13 (John Eatwell et al. eds., 1987) [en adelante, *Dictionary of Economics*].

económica del valor.<sup>6</sup> Desde entonces las dos tradiciones han estrechado sus lazos en el movimiento contemporáneo de Derecho y economía. Esta convergencia recuerda los primeros orígenes de la justificación utilitarista general del gobierno en la teoría de Thomas Hobbes. Tanto en derecho y economía como en la teoría del soberano de Hobbes, el foco central está puesto en la justificación normativa. Y en ambos el principio básico de justificación es el egoísmo generalizado de alguna forma al nivel del interés colectivo.

La unidad distintiva de las visiones que estudiaré en el desarrollo de Hobbes a Coase y al derecho contemporáneo y la economía es que todas están enfocadas al bienestar.<sup>7</sup> Pero Hobbes, Pareto y Coase no forman parte de la aberración utilitaria clásica benthamita del bienestar interpersonal aditivo. Por lo tanto, quizá sea menos engañoso aquí hablar de bienestar más que de utilidad, aunque la noción contemporánea de utilidad es múltiple en su gama de significados. La principal razón para hablar de bienestar más que de utilidad es que el lenguaje del bienestar es diferente del de utilidad. Normalmente no queremos más bienestar, aunque a menudo queremos un mayor bienestar. El bienestar, a diferencia de la utilidad, no es un valor cardinal compuesto de pequeños trozos de bienestar. El lenguaje del bienestar suele ser ordinalista.

Los fundamentos normativos de las formulaciones de Hobbes, Pareto y Coase son esencialmente los mismos. Hobbes enfatizó que todo lo que tenemos son valores individuales (esencialmente los valores del interés propio - supervivencia y bienestar) y que los individuos sólo pueden ser motivados por resoluciones de su problema colectivo que hablan de sus intereses.<sup>8</sup> Pareto, escribiendo después de un siglo de utilitarismo aditivo benthamita, afirmó que no sabemos qué es la agregación de utilidad entre individuos, que es una noción metafísica.<sup>9</sup> Tanto Hobbes como Pareto, por lo tanto, supusieron evidentemente que sólo podemos basar una teoría motivacional en valores individuales desagregados. El único valor colectivo que puede imputarse directamente de estos valores individuales es la ventaja mutua, en la que todos ganan (supuesto usual de Hobbes) o, por lo menos, ninguno pierde, y al menos uno gana (supuesto de Pareto).

A Coase le preocupa menos que a Hobbes y Pareto declarar su posición valorativa, pero su posición también parece claramente suponer que los valores colectivos son reducibles a valo-

<sup>6</sup> John Stuart Mill y Henry Sidgwick, los grandes utilitarios del siglo diecinueve, escribieron ambos tratados de economía. En las primeras décadas del siglo veinte, G. E. Moore, que imprimió dirección al pensamiento utilitarista entre los filósofos, no escribió ni evidentemente tenía interés por la economía. Volvió a una especulación en el modo platónico de la razón pura. (Véase *supra* nota 4 y el texto que la acompaña.) Muchos de los problemas remanentes en la teoría económica del valor fueron resueltos en la época de Moore por Vilfredo Pareto, véase *infra* nota 8 y el texto que la acompaña, y por los exponentes de la revolución ordinalista que siguió sus pasos. Economistas tales como F.Y. Edgeworth y A.C.Pigou eran confesos utilitarios, como lo sugiere el título que hoy damos a la economía pública: economía del bienestar. Véase Francis Y. Edgeworth, [\*Mathematical Psychics: An Essay on the Application of Mathematics to the Moral Sciences\*](#) (A.M. Kelley 1967) (1881); A.C. Pigou, [\*The Economics of Welfare\*](#) (1938).

<sup>7</sup> *Nota del traductor:* El lector hará bien en reparar en que hay diferencias entre las concepciones del bienestar según el enfoque aristotélico-tomista de las teorías del derecho natural, que subyace en la formación de los juristas latinos, y el concepto utilitarista usado por los economistas y algunos juristas anglosajones. Aún cuando el modelo constitucional de nuestro país es el norteamericano, y la declaración de derechos fue traducida de ese contexto utilitarista, se producen paradojas por la diferente interpretación conceptual de las instituciones.

<sup>8</sup> Véase Hobbes, *supra* nota 2, 223; ver también id. cap. 13.

<sup>9</sup> Véase Vilfredo Pareto, [\*Manual of Political Economy\*](#) 47-51, 105-06 (Ann S. Schwier y Alfred N., ed., Ann S. Schwier, A. A. Kelley 1971) (1927).

res individuales o que los únicos valores que lo preocupan en sus cuentas son valores individuales. Un ejemplo de esta maniobra es su discusión de las negociaciones entre un ranchero y un granjero sobre la optimización de los beneficios de sus empresas mixtas. Las ganancias netas totales de los cultivos del agricultor y del ganado del ganadero son función del valor de las ventas menos los costos de levantarlas. Este total es esencialmente una medida cardinal, en dólares. Supongan que estas ganancias podrían aumentar dejando que el ganado deambulara por una parte de los cultivos del agricultor, destruyéndolos, pero que el agricultor tiene el derecho legal de cercar su tierra contra el ganado. Los dos tienen entonces interés en lograr un acuerdo que permita que el ganado pasee por una parte de la tierra del agricultor.<sup>10</sup> Pueden hacerlo porque cada uno puede quedar mejor de modo ordinal haciendo el trato.

Para los tres teóricos, podemos hablar de ventaja mutua como la implicancia colectiva del interés propio. Podemos decir que, en esta visión, el valor colectivo es un emergente porque simplemente refleja lo que los individuos desean; también podríamos decir que el valor último es lograr que prevalezcan los valores individuales. Si hablamos de valor colectivo en cualquier otro sentido, importamos alguna noción adicional de valor en la discusión más allá de los intereses de los individuos. Hobbes pudo haber sido constitucionalmente ajeno a tales nociones adicionales de valor; Pareto creía que tales nociones adicionales eran evidentemente perversas.<sup>11</sup>

La posición general de todos estos pensadores en relación con la teoría jurídica y política es utilitaria, aunque algunos de ellos han afirmado no ser utilitarios o no han abordado en forma detallada sus supuestos normativos. Se podría suponer que el derecho tiene fines distintos de la mejora del bienestar. Por ejemplo, Joseph Raz argumenta que su propósito debe ser el aumento de la autonomía. Luego habla de la virtud de la ley como siendo su eficacia -la virtud de un instrumento como instrumento- porque supone que la ley es un medio.<sup>12</sup> De manera más general, se podría argumentar desde cualquier perspectiva moral que la ley debe ser eficiente en lograr lo que se propone; pero la tradición de Hobbes a Coase y derecho y economía hacen de la eficiencia el objetivo que la ley debe alcanzar. La eficiencia no es meramente la del instrumento jurídico, sino la de sus efectos en la sociedad a la que sirve. En esta visión, la eficiencia es en sí misma una noción de bienestar: una mayor eficiencia implica mayor bienestar.

## II. Indeterminación en la Frontera

La mayor dificultad teórica para el programa ordinalista y orientado hacia el bienestar de ventaja mutua es la severa indeterminación que presentan las opciones que no pueden ser evaluadas mediante una agregación cardinal. Varios estados de cosas pueden ser mejores que el estado actual, pero de ellos ninguno podría ser mejor que los demás. ¿Cómo podemos justificar la elección de uno de estos sobre los demás? ¿O cómo podemos justificar decir que uno de ellos es el mejor? Ha habido dos movimientos casi mágicos para resolver los problemas aparentemente insuperables de la indeterminación, el primero de Hobbes, el segundo de Coase.

Hobbes utilizó la ignorancia sobre las ventajas o desventajas particulares de los posibles regímenes para permitir una elección más o menos aleatoria que sea mejor que el status quo.

<sup>10</sup> Véase Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, in *The Firm, The Market and the Law* 95, 99 (1988).

<sup>11</sup> Véase id.

<sup>12</sup> Véase Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* 226 (1979).

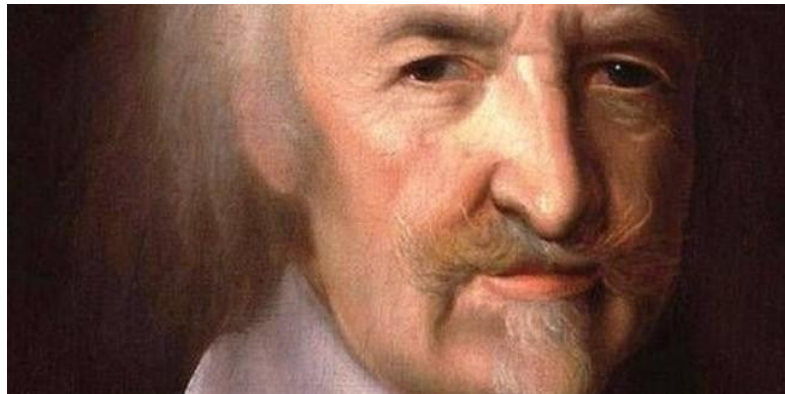
No necesitamos elegir una forma particular de gobierno; más bien, podemos simplemente elegir uno como podríamos extraer una bolilla de una urna.<sup>13</sup> Esta es una afirmación estrictamente ordinal, no cardinal.<sup>14</sup> La indeterminación da una solución plausible a Hobbes en tanto que entorpece el paso de Pareto porque las comparaciones que conciernen a Pareto no son tan drásticas como la diferencia entre gobierno y ningún gobierno. Coase resuelve la indeterminación adicional introducida por la producción con su medida monetaria cardinal, que proporciona información ordinal sobre preferencias o intereses individuales, como se discute más adelante en la Parte II.D.

Una implicación desconcertante de la solución de Coase es que es una solución inherentemente marginalista. Hobbes abordó la cuestión fundamental de cómo *justificar el gobierno* o incluso un gobierno en particular, al mismo tiempo que evitaba contundentemente los debates en los márgenes. Coase se ocupa de la cuestión de justificar un determinado tipo de solución de los problemas marginales que surgen *bajo un gobierno*. Debido a que un estado y una economía en marcha se dan por sentado en los problemas de Coase, existe dinero con el que se pueden negociar compensaciones y compensaciones. *No hay dólares para realizar la magia de Coase bajo las condiciones de Hobbes*. Hay un sentido, pues, en el que Coase puede basarse en el programa de Hobbes para resolver preguntas más detalladas en el derecho actual y en curso.

Antes de retornar más a fondo al ajuste de las soluciones hobbesianas y coaseanas y sus fundamentos normativos, resumiré brevemente las principales propuestas de Hobbes, Bentham, Pareto, Coase y Richard Posner.<sup>15</sup>

#### A. *Hobbes*

El argumento central de Hobbes para la creación o el mantenimiento de un gobierno era que el gobierno aporta orden donde de otra manera habría anarquía destructiva.<sup>16</sup> En el orden creado por el gobierno, cada uno de nosotros puede invertir con confianza esfuerzos en



Thomas Hobbes (1588-1679)

<sup>13</sup> Véase en general Edna Ullmann-Margalit y Sidney Morgenbesser, *Picking and Choosing*, 44 Soc. Res. 757-85 (1977) (discusión sobre la filosofía de la preferencia y la elección).

<sup>14</sup> Decir que A es mejor que B es meramente una afirmación ordinal. El enunciado implica que podemos clasificar A y B en un orden. Por ejemplo, usted puede preferir el café al té aunque para usted no tenga sentido que usted derive, digamos, el doble de placer de una taza de café que de una taza de té. Decir que A es el doble de bueno que B es una afirmación cardinal. Esta afirmación implica que tenemos una medida de la diferencia entre A y B. Dentro de un rango normal de gastos diarios, por ejemplo, el dinero tiene un valor aproximadamente cardinal para nosotros. Podemos sumar y restar números de dólares y podemos evaluar sus relaciones proporcionales.

<sup>15</sup> Algunos de estos puntos se discuten más extensamente en Russell Hardin, *Efficiency*, en *A Companion to Contemporary Political Philosophy* 462 (Robert E. Goodin y Philip Pettit ds., 1993).

<sup>16</sup> Véase Hobbes, *supra* nota 2, en 223.

nuestra propia propiedad y asegurar nuestro propio mayor bienestar; podemos participar en la cooperación mutuamente beneficiosa.<sup>17</sup> Usando nuestro lenguaje, podemos decir retrospectivamente que la teoría del valor de Hobbes era individualista y ordinalista. Hasta cierto punto, doscientos cincuenta años antes, Hobbes evidentemente compartía la antipatía de Pareto por las comparaciones interpersonales. Se preocupaba sólo por las mejoras en la existencia de cada persona, no con alguna noción aditiva de mejora general. Pero la opinión de Hobbes era diferente en un sentido muy importante. No estaba preocupado estáticamente por optimizar el bienestar reasignando el valor entre nosotros mediante el intercambio de lo que ya tenemos. Más bien, estaba dinámicamente preocupado por darnos la oportunidad de producir más y así aumentar nuestro bienestar.<sup>18</sup>

Claramente, al pasar de ningún gobierno a un gobierno, podemos tener numerosos gobiernos posibles de los cuales escoger. Algunos de estos pueden ser mejores para mí, otros pueden ser mejores para usted. Aunque podemos estar de acuerdo en que en principio todos estarán mejor con cualquiera de estos gobiernos que sin gobierno, podemos no estar de acuerdo en que uno de ellos sea mejor que todos los demás. Parece que nos enfrentamos a una indeterminación total en la maniobra desde ningún gobierno. Hobbes resolvió esta indeterminación mediante un truco.

Supuso que sabemos muy poco acerca de la eficacia de las diversas formas de gobierno para estar seguros de la superioridad (para nuestro propio interés) de cualquier forma sobre cualquier otra.<sup>19</sup> Invocando el escepticismo sobre el conocimiento de las ciencias sociales, escapamos al aparente conflicto de intereses sobre qué forma de gobierno elegir. Por otra parte, Hobbes suponía que la transición de un gobierno existente a una nueva forma de gobierno sería demasiado costosa como para justificar cualquier mejora que pudiera traer, al menos a la generación que hace el cambio.<sup>20</sup> ¿Por qué? El trastorno inicial podría afectar los beneficios a corto plazo. Aquí, una afirmación científica social indebidamente confiada - que cualquier esfuerzo de reforma deba traer desastre - asegura el compromiso con un gobierno existente.

Por lo tanto, si nos estamos moviendo de ningún gobierno al gobierno o intentando mejorar un gobierno existente, nos enfrentamos a un problema simple de coordinación de conseguir o de permanecer en un estado universalmente preferido. Nuestra elección es una cuestión de ventaja mutua, que de nuevo es la implicación colectiva del interés propio.<sup>21</sup>

Una característica sorprendente de la opinión de Hobbes es que es una evaluación relativa de estados de cosas completos: la vida bajo una forma de gobierno versus la vida bajo otra forma o bajo ningún gobierno en absoluto. Hobbes pensaba que los esfuerzos de reforma suponían un riesgo demasiado grande de revolución y de anarquía violenta para justificarse por sus supuestos beneficios para nosotros.<sup>22</sup> La mayoría de las decisiones gubernamentales que realmente enfrentamos se refieren a cambios menores en lo que hemos estado haciendo. Muchas de estas decisiones ni siquiera serían llamadas reformas, pero incluso los cambios de una naturaleza más amplia que se podrían llamar "reformistas" parecen plantear poco o

<sup>17</sup> Véase id. en 376; ver también id. en 186-88.

<sup>18</sup> Véase id. en 376.

<sup>19</sup> Véase id. en 238.

<sup>20</sup> Véase Thomas Hobbes, *De Cive* 36 (Howard Warrender, ed., 1983) (1651).

<sup>21</sup> Para una descripción completa, véase Russell Hardin, *Hobbesian Political Order*, 19 Pol. Theory 156 - 80 (1991).

<sup>22</sup> Véase Hobbes, *supra* nota 2, en 380.

ningún riesgo de una revolución. Por lo tanto, como un asunto social científico, podemos estar en desacuerdo con el rechazo general de Hobbes a las reformas. Podemos suponer que las reformas y las decisiones menores de nuestra vida política cotidiana son meramente cambios marginales en la forma gruesa del gobierno que tenemos, y no nos arriesgamos a la ruptura total cuando presionamos por ellas.

### B. Bentham

Jeremy Bentham resolvió el problema de indeterminación para aquellos cuya ciencia social era más amplia y abierta que la de Hobbes. Bentham comparó estados de cosas de acuerdo con la suma de utilidades en cada estado. Supuso que la utilidad de cada individuo podía medirse cardinalmente con exactitud y que las utilidades de varias personas podían ser sumadas. Aún podría haber indeterminación en el ranking de resultados posibles porque dos o más resultados podrían tener la misma utilidad agregada, pero éste es un problema menor en comparación con el problema más general de indeterminación de las clasificaciones basadas exclusivamente en principios de ventaja mutua. Por supuesto, la solución de Bentham podría violar la hipótesis hobbesiana de ventaja mutua, porque, por ejemplo, mi utilidad podría ser menor en un estado de cosas que en otro y, sin embargo, el primero podría ser clasificado más alto que el segundo en términos de utilidad agregada.



Jeremy Bentham (1748-1832)  
*An Introduction to the Principles of Morals  
and Legislation* 1789

El supuesto de Bentham de que la utilidad puede agregarse cardinalmente entre individuos es la principal aberración en la línea de desarrollo de Hobbes a Coase. Algo así como la utilidad cardinal benthamita *para el individuo* todavía tiene atractivo en algunos contextos, como las decisiones bajo riesgo.<sup>23</sup> La comparación interpersonal de utilidades también tiene gran atractivo en algunos contextos. Por ejemplo, es universalmente asumida por los economistas y los científicos sociales que hacen recomendaciones de política, especialmente en los análisis de costo-beneficio, y es contrabandeada en los tratamientos estándar en derecho y economía. El análisis de costo-beneficio, obviamente, supone la comparación interpersonal al sumar los beneficios y restar los costos de todo el mundo para evaluar una propuesta. La teoría de la maximización de la riqueza de Posner hace un supuesto similar,<sup>24</sup> pero la rígida noción de utilidad interpersonalmente aditiva juega su papel intelectual en ayudar a aclarar lo que es preocupante mostrando maneras de no ir hacia allí. Aún así, como la comparación interpersonal es útil y convincente en ciertos contextos, podría aceptarse una variante de la teoría benthamita del valor que combine el ordinalismo con comparaciones interpersonales aproximadas.

<sup>23</sup> Véase Kenneth J. Arrow, *Some Ordinalist-Utilitarian Notes on Rawls's Theory of Justice*, 70 J. Phil. 245, 250, 256 (1973). Sin embargo, como se señaló en el [capítulo 6](#), la menos que completa cardinalidad de la función de utilidad Von Neumann-Morgenstern no nos debe tentar a adjudicar una importancia indebida al nivel absoluto de la utilidad de un juego de azar, o a la diferencia de utilidad entre una apuesta y otra. Con lo poco que se requirió de comparaciones binarias del agente entre apuestas en la relación de preferencia subyacente, aún no se pueden utilizar las funciones de utilidad VNM para comparaciones interpersonales de bienestar, ni es posible medir la "intensidad" con la que se prefiere una apuesta a otra.

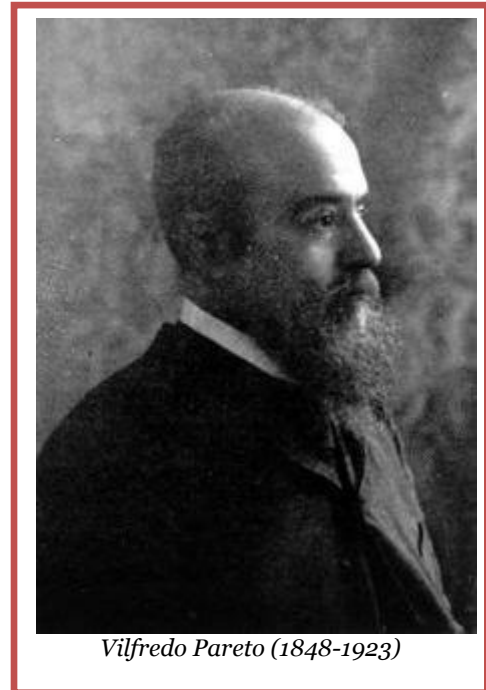
<sup>24</sup> Véase *infra* notas 35-36 y texto que las acompaña.



Otra objeción a la utilidad benthamita es que requiere un nivel de utilidad cero. Para los ordinalistas, un punto de referencia fijo es un supuesto carente de sentido. Podrían ir más allá y estar de acuerdo con muchos escritores que afirman el punto de vista psicológico de que no tenemos ningún estándar innato de bondad o valor. Por ejemplo, Hume supone que sólo juzgamos el valor en comparación, no por valor intrínseco o valor.<sup>25</sup> Podría parecer que debemos ser marginalistas, que no podemos juzgar estados de cosas *in toto*. Esta conclusión, sin embargo, no se sigue, porque de hecho podemos hacer el tipo de juicio de Hobbes - el orden bajo gobierno es mejor que el caos violento para prácticamente todos - como un juicio estrictamente comparativo. Por lo tanto, Hobbes y los otros ordinalistas no requieren que establezcamos un punto cero o una métrica para lo bueno que es o que podría ser cualquier estado de cosas.

### C. Pareto

Vilfredo Pareto combinó el principio normativo de Hobbes de la ventaja mutua con la preocupación marginalista. De hecho, Pareto formuló sus principios para evitar comparaciones interpersonales y juicios morales acompañantes.<sup>26</sup> Por lo tanto, Pareto era muy hobbesiano en sus motivaciones. Nos enfrentamos a una *mejora potencial de Pareto* si, en comparación con el status quo, hay un estado en el que ninguno de nosotros está peor y al menos uno está mejor. Desafortunadamente, puede haber muchos estados que son mejoras de Pareto sobre nuestro status quo, y podemos tener graves conflictos de interés sobre cuál mejora debe ser preferida. Los principios de Pareto, por tanto, reintroducen la indeterminación.



Vilfredo Pareto (1848-1923)

Los principios de Pareto son, en primera instancia, principios estáticos sobre la distribución de los bienes que ya tenemos. No son dinámicos u orientados a la producción. A este respecto, pueden parecer una aberración, al igual que la utilidad aditiva benthamita si se la busca con precisión; pero el análisis paretiano de la eficiencia estática explica un problema real y no es una aberración. Puede, sin embargo, estar en gran medida al margen de nuestros propósitos, aunque vuelve a través de la eficiencia coaseana en derecho y economía. La indeterminación de la noción de mejora de Pareto está en la asignación de algún excedente disponible para nosotros más allá del status quo. La mayor parte de las asignaciones del excedente podrían hacer que cada uno de nosotros quede mejor y serían, por lo tanto, mutuamente ventajosas.

Hay otras dificultades en los criterios de Pareto que no necesitamos discutir aquí.<sup>27</sup> Quizás la más importante sea que los costos de transacción de llegar a una mejora paretiana a partir del status quo pueden ser sustanciales, incluso cuando no hay indeterminación. Por ejemplo,

Hay otras dificultades en los criterios de Pareto que no necesitamos discutir aquí.<sup>27</sup> Quizás la más importante sea que los costos de transacción de llegar a una mejora paretiana a partir del status quo pueden ser sustanciales, incluso cuando no hay indeterminación. Por ejemplo,

<sup>25</sup> Véase David Hume, *A Treatise of Human Nature* 593 (L.A. Selby-Bigge & P.H. Nidditch eds., 1978) (1739-40).

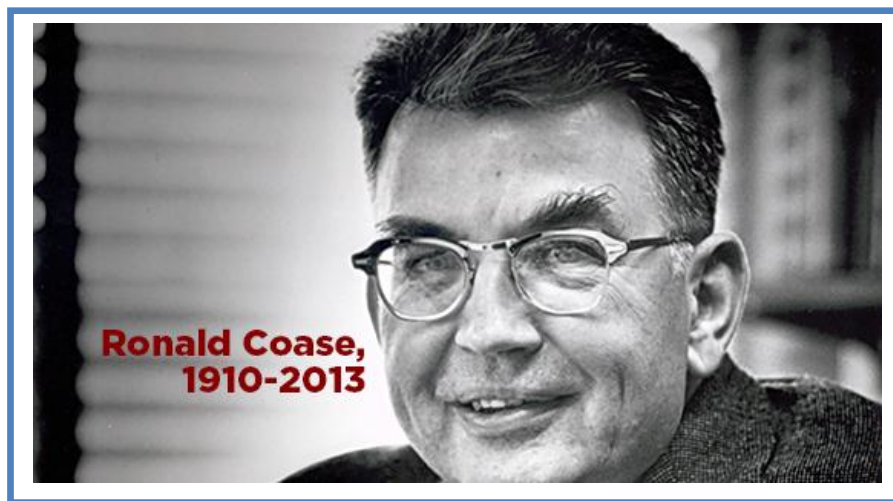
<sup>26</sup> Véase Pareto *supra* nota 8, en 47-51.

<sup>27</sup> Véase, en general Russell Hardin, *Difficulties in the Notion of Economic Rationality*, 23 Soc. Sci. Info. 453-67 (1984) (cita de los problemas de interacción estratégica y teoría del valor).

lograr una mejora puede requerir la acción conjunta de muchas partes a la vez o un intercambio entre múltiples partes. En el primer caso, podríamos enfrentarnos a problemas de lógica de la acción colectiva que hacen prácticamente imposible el movimiento de mejora de Pareto. En el segundo, los costos de transacción podrían bloquear nuestra mejora si son mayores que las ganancias de la mejora. Finalmente, la representación estándar de los principios de Pareto con una curva o frontera bien definida es extrañamente engañosa. Se podría suponer naturalmente que la representación geométrica produce medidas reales de bienestar para individuos relevantes. No es porque no haya tales medidas para Pareto; son meras comparaciones relativas, ordinales. No hay métrica para el espacio en el que se dibuja un diagrama de Pareto.

#### *D. Coase*

El principio de mejora de Pareto es indeterminado porque no puede decirnos cuál de muchas opciones, todas las cuales son superiores al status quo, debemos activar. Podemos suponer que la introducción de la preocupación con la eficiencia dinámica compensaría esa indeterminación. El teorema de Coase explica por qué esta conclusión no es válida. En esencia, el teorema dice que, sea cual sea la asignación de los derechos legales para usar una propiedad en particular, será utilizada por el productor que pueda obtener el mayor ingreso neto de la producción, a menos que los costos de transacción saturen las ganancias potenciales de la transacción de reasignación de derechos. ¿Por qué? Debido a que el propietario titular del derecho negociará con un productor más eficiente por una parte relevante de los mayores ingresos que ese productor puede lograr.<sup>28</sup>



Podemos suponer que esta jugada convierte el dinero en una utilidad cardinal o medida de bienestar, pero no lo hace. Simplemente asume que, siendo todo lo demás igual, más dinero es mejor que menos para cada individuo. Supongamos que enfrentamos dos (o más) resultados. Los valores de mercado en el resultado A son más altos que los del resultado B. Por lo tanto, en A hay más dólares que compartir, y todas las partes pueden en principio quedar mejor (los costos de transacción pueden ser prohibitivos). Esto es estrictamente un enunciado ordinal; o más bien, es un enunciado ordinal para cada parte. No asume nada sobre el valor total de cada parte; simplemente se supone que cada parte puede quedar mejor. *El pa-*

<sup>28</sup> Véase Coase, *supra* nota 9, en 97-104.

*so de menos dólares a más dólares se puede dar como un movimiento de ventaja mutua.* Es por eso que generalmente podemos esperar que se dé si los costos de la transacción no lo bloquean.

A los propósitos presentes, podemos distinguir cuatro movimientos principales de Coase: Primero, el teorema de Coase negocia sobre la distinción de hecho-valor. No hay nada intrínsecamente bueno o correcto sobre la forma en que una carga se comparte sólo en los hechos de la materia.<sup>29</sup> ¿Qué hace, por ejemplo, que la acción X sea un perjuicio? Sorprendentemente muchos escritos sobre perjuicios han ignorado esta pregunta, tal vez porque muchos escritores son libertarios deontológicos armados que piensan que saben cuándo la propiedad y los derechos afines están siendo violados. Coase es evidentemente un positivista legal -como Hobbes- que piensa en los derechos como cuestiones de leyes o de normas jurídicas. Por lo tanto, aunque podamos utilizar un mandato judicial por razones de eficiencia, es posible que no tengamos una razón moral o un derecho a usarlo, contrariamente al supuesto implícito usual.

En segundo lugar, el contenido normativo básico del teorema de Coase es el de Hobbes, Hume y Pareto: la ventaja mutua como implicancia colectiva del interés propio. Si uno de los resultados es más productivo que otro, todos podremos obtener mejores resultados alcanzándolo con las compensaciones relevantes. El teorema de Coase no es indeterminado sobre nuestro patrón colectivo de producción; terminaremos donde la producción total es mayor; pero es indeterminado acerca de cómo vamos a compartir los beneficios de nuestra mayor productividad. Por lo tanto, su indeterminación coincide con la de los principios de Pareto. Es indeterminado sobre la asignación del beneficio final que tenemos después de establecer la producción máxima.<sup>30</sup>

En tercer lugar, tenemos que examinar los costos y beneficios para todos los interesados en una interacción. Esto se deduce directamente de la hipótesis implícita de Coase de la ventaja mutua como su principio subyacente de justificación. Pero no agregamos simplemente estos costos y beneficios. Nos ocupamos sólo de los juicios ordinales de las partes pertinentes, sin recurrir a comparaciones interpersonales. Los ejemplos de Coase son a menudo interacciones bipartitas sin efectos externos sobre otras partes.<sup>31</sup> Sin embargo, si hay tales efectos, éstos deben tenerse en cuenta.

En cuarto lugar, tenemos que tener en cuenta las limitaciones reales de los costos de transacción y las instituciones políticas y jurídicas. Si los costos de transacción son nulos, todos los sistemas de derechos darán lugar a producción eficiente. Si los costos de transacción son bajos, todas las partes en una interacción podrían ser fácilmente llevadas a entender que podría haber una solución de ventaja mutua. Sin embargo, si los costos de las transacciones son suficientemente altos, puede no haber perspectivas de mejorar la asignación de los derechos en el status quo.

Para muchos estudiosos de derecho y economía, se deriva un corolario de estas jugadas: debido a que la información y los costos de negociación pueden ser altos, los contratos incompletos pueden ser eficientes y pueden requerir una resolución de la corte para llenar los

---

<sup>29</sup> Véase id., en 96, 119-133.

<sup>30</sup> Véase id., en 100.

<sup>31</sup> Véase id., en 98.

vacíos.<sup>32</sup> Obsérvese que este corolario es análogo a la opción de Hobbes justificando al gobierno, que resolverá tales problemas como brechas marginales en nuestro diseño inicial. De manera similar, James Buchanan y varios coautores argumentan que en muchos trabajos podemos ponernos de acuerdo ex ante en un dispositivo o procedimiento constitucional para manejar problemas marginales en los que no estaríamos de acuerdo.<sup>33</sup> De manera más general, para todas las interacciones de la vida con conflictos legalmente imprevistos, podríamos desear tener resoluciones judiciales que establezcan principios de solución basados en consideraciones de eficiencia.

Hay tres peculiaridades del dispositivo de Coase que deben tenerse en cuenta. En primer lugar, para que el dispositivo de Coase funcione, debe haber un mercado en marcha con precios para los productos en cuestión.

En segundo lugar, la asignación coaseana no es representable directamente en un diagrama de Pareto. La gama real de asignaciones irá de todo nuestro beneficio neto de renegociar el uso de nuestros derechos que van a usted, a todo el que va a mí. Esto sería representable como una línea recta en los ingresos con una pendiente de menos uno. Debido a que los ingresos no tienen que traducirse uniformemente en bienestar, la frontera de Pareto en el bienestar no necesita ser una línea recta. De hecho, como se señaló anteriormente, a diferencia de la frontera de los ingresos, la frontera de bienestar de Pareto no es cardinal.<sup>34</sup> Todo lo que podemos decir acerca de la frontera de bienestar es entonces que, ceteris paribus, cuanto mayor sea su participación en nuestro ingreso neto de reasignar nuestros derechos de producción, mayor será su bienestar.

Y en tercer lugar, la solución coaseana maximiza los ingresos productivos sólo sujeto a la restricción de que las partes decidan intercambiar varias otras cosas por sus ingresos. Los ingresos tienen valor sólo como un recurso para los consumos. Por lo tanto, ninguna de las partes en una transacción de Coase sobre el uso de los derechos de propiedad podría razonablemente descuidar los efectos de la reasignación sobre los consumos en general. Por ejemplo, si el agricultor está dispuesto a pagar una prima por la paz y la tranquilidad, la ganancia neta disponible de una producción más alta puede ser sustancialmente menor que si el agricultor no valorase mucho ese consumo.

¿Cómo difiere la solución de Coase de las interacciones colectivas de la justificación de Hobbes del orden político? Para Hobbes, las diferencias entre las formas de gobierno "son escasamente sensibles" en comparación con la diferencia entre cualquier gobierno operativo y la anarquía o la guerra civil.<sup>35</sup> Esto también es una afirmación estrictamente ordinal, no cardinal. La indeterminación se interpone en el camino de Pareto. Es irrelevante para Hobbes, en gran parte por razones epistemológicas o científico-sociales. Y Coase resuelve las indeterminaciones que podrían ser introducidas por regímenes alternativos de producción. Lo hace con su medida monetaria cardinal, que proporciona información ordinal sobre preferencias o intereses individuales.

### *E. Posner*

<sup>32</sup> Véase A. Mitchell Polinsky, *An Introduction to Law and Economics* 27-36 (1983).

<sup>33</sup> Véase, por ejemplo, Geoffrey Brennan & James M. Buchanan, *The Reason of Rules* 28-31 (1985)

<sup>34</sup> Véase *supra* parte II.C.

<sup>35</sup> Hobbes, *supra* nota 2, en 238.

Richard Posner ha propuesto la maximización de la riqueza como un principio normativo alternativo para lo que la ley debe lograr.<sup>36</sup> Distribuimos un derecho al uso de una propiedad particular al productor que pueda producir la mayor riqueza neta de su uso, pero lo hacemos a través del derecho y no sólo a través de regateos realizados por el propietario titular y un productor esperanzado. De este modo, podemos lograr la mayor productividad, incluso frente a los costos de transacción que podrían bloquear la negociación. En cierto sentido, entonces, la maximización de la riqueza es simplemente una variante de la eficiencia coaseana, pero es una variante con un puntapié benthamita. Sería erróneo afirmar que una mayor riqueza agregada corresponde a un mayor bienestar agregado, pero Posner afirma que una mayor riqueza agregada es algo bueno por derecho propio.<sup>37</sup>

El gran truco de Coase es convertir el ingreso general de una producción más alta en participaciones monetarias que se pueden asignar para hacer quedar mejor a todos los individuos relevantes.<sup>38</sup> El ingreso se trata cardinal e interpersonalmente, aunque no tenga ningún valor excepto como medio. Sin embargo, las ganancias de bienestar de los individuos que provienen de las ganancias en los ingresos son todavía ordinales y no necesitan ser interpersonalmente comparables. Por lo tanto, podemos llegar a resultados mutuamente beneficiosos mediante el uso de mayores ingresos monetarios como un dispositivo. Este truco se logra con una economía de mercado en la que el dinero permite que los intercambios se generalicen sin necesidad de una correspondencia directa de demandas y ofertas sustantivas entre partes. Es un error tanto del juicio del mercado con el dinero como en las evaluaciones monetarias coaseanas centrarse en el dinero como algo cuyo valor real emerge porque es simplemente un medio para la asignación de valores.



Richard Allen Posner (n. 1939)

La maximización de la riqueza sin compensación es un concepto genuinamente cardinal que requiere comparaciones interpersonales de algo, a saber, la riqueza monetaria. Mi riqueza de \$ 1000 más su riqueza de \$ 10,000 suman una riqueza total de \$ 11,000. Si, sin embargo, tengo \$ 3000 y usted tiene \$ 6000, nuestro total es sólo \$ 9000, que, según el criterio de maximización de la riqueza, es inferior, aunque yo, o un teórico de la justicia, podría pensar es una situación mucho mejor. Un ordinalista rígido podría defender la eficiencia de una asignación coaseana afirmando que no hay fundamento para la comparación interpersonal del bienestar implícito en una afirmación de equidad; sin embargo, Posner no puede esqui-

<sup>36</sup> Véase Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 12-16 (4ta. ed. 1992).

<sup>37</sup> Véase Richard A. Posner, *The Economics of Justice* 65-78, 108 (1981); véase también George J. Stigler, *Wealth, and Possibly Liberty*, 7J. Legal Stud. 213 (1978).

<sup>38</sup> Véase *supra* parte III.D.

var al teórico de la equidad de esta manera porque ha aceptado la comparación interpersonal de por lo menos la riqueza.<sup>39</sup>

Además, podríamos tener maximización de la riqueza con dos distribuciones muy diferentes. En la distribución A tengo \$ 1000 y usted tiene \$ 10,000. En la distribución B tengo \$ 10,000 y usted tiene \$ 1000. Supongamos que podríamos terminar en cualquiera de las distribuciones. En base a un principio de compensación requerida para hacer reclamos puramente ordinales, si escogemos A o si nos lo impusieran los tribunales, yo debería ser compensado por mis pérdidas, si las hay, al pasar del status quo al nuevo estado. ¿Debo también ser compensado por mis pérdidas de oportunidad al establecerme en A en lugar de B?

La riqueza ordinaria es un recurso en lugar de un bien en sí mismo. Es bueno instrumentalmente porque es un medio para diversos fines, como el bienestar. Los recursos son problemáticos porque suelen ser cedidos a cambio de consumos. Un "welfarista" cuenta los consumos como incrementos del bienestar y los recursos como contribuciones potenciales al bienestar, de modo que el bienestar engloba a los recursos. Un "recursista" que omitiese los consumos de una contabilidad contaría solamente los recursos no gastados. El avaro penosamente mísero que gastaría lo menos posible tendría mayores recursos que la persona razonable de un ingreso similar que llevó una vida satisfaciendo los consumos. Por lo tanto, para completar su medida de recursos, Posner incluye en ella todos los consumos pasados e incluso el excedente del consumidor.<sup>40</sup>

Desafortunadamente, traer el excedente del consumidor puede implicar doble contabilidad. Mi excedente del consumidor significa que consigo más por mi dinero de lo que habría recibido a precios más altos. ¿Debemos contar tanto mi excedente del consumidor como la mayor cantidad de bienes que consigo como parte de mi riqueza total? En el límite, no puedo haber gastado más que mis ingresos y por lo tanto sólo puedo haber acumulado los bienes que he comprado. Si tengo un excedente del consumidor de esas compras, ya está, una vez que mis ingresos se gastan, no están disponibles para mí para gastos adicionales. No es un recurso.

#### F. Comparaciones sumarias

En su visión de la eficiencia dinámica, Hobbes dirige puntos de vista de bienestar y recursistas juntos: aumentar la eficiencia ipso facto aumenta el bienestar. La eficiencia que él buscaba es sólo una cuestión de mayor bienestar individual por individuo. El teorema de Coase también es recursista en su opción por los precios y los ingresos, pero esta jugada es sólo un dispositivo temporal para llegar al bienestar. El movimiento de Posner es mucho más complejo, y tal vez menos coherente. Combina consideraciones de bienestar con la noción de riqueza *prima facie* recursista. Al final, tal maniobra puede ser conceptualmente lo requerido por todas estas teorías, porque los consumos, el bienestar y los recursos se intercambian entre sí o se constituyen mutuamente. La teoría del valor de los cinco teóricos es individualista y subjetiva: son los valores de los sujetos los que cuentan. Hobbes parece haber pensado que algunos valores son objetivos en el sentido de que cualquier persona racional los sostiene, y los otros teóricos pueden tener una opinión similar.

### III. Valores Marginales vs. Fundamentales

<sup>39</sup> Véase Richard A. Posner, *The Value of Wealth: A Comment on Dworkin and Kronman*, 9 J. Legal Stud. 243, 251 (1980).

<sup>40</sup> Véase Posner, *supra* nota 36, en 92.

Una consecuencia desconcertante de la solución de Coase es que es inherentemente marginalista. Hobbes abordó la cuestión fundamental de cómo justificar el gobierno en general o incluso un gobierno en particular. Coase se ocupa de la cuestión de justificar una solución particular de un problema marginal que podría surgir en el gobierno. Una vez más, no hay dólares con los que realizar la magia de Coase bajo las condiciones de Hobbes. Los dólares entran en existencia como resultado de la solución de Hobbes; no la preceden.<sup>41</sup> Hay entonces un sentido en que Coase puede construir sobre el programa de Hobbes para resolver preguntas más detalladas en el derecho real. De hecho, se basa no sólo en la existencia del gobierno sino también en el desarrollo de suficiente conocimiento para hacer plausible suponer que podemos mejorar las cosas, aunque sólo sea en el margen. Hobbes podría no haber sabido si la monarquía o la oligarquía eran la mejor forma de gobierno, pero a menudo sabemos que asignar una producción contraria a los derechos de propiedad aparentes conduciría a una mayor productividad.

Uno podría incluso afirmar, contra Hobbes, que sólo podemos justificar ajustes marginales en el gobierno. Pero la evaluación de Hobbes de la bondad del gobierno, tal como definida por los intereses de los individuos, es conceptualmente coherente. De hecho, en algunos casos, puede incluso ser empíricamente significativa, como cuando una sociedad que ha caído en el caos asesino es devuelta al orden por intervención externa. En tal caso, podríamos no ser capaces de decir que la intervención trae la mejor de todas las soluciones, pero podemos estar relativamente seguros de que funciona en beneficio mutuo de prácticamente todos los involucrados en el estado anteriormente caótico.

La eficiencia hobbesiana proporciona una justificación de la ley, esto es, de todo el sistema del derecho. La eficiencia coaseana, por otra parte, en su corolario de derecho y economía, proporciona argumentos para la justificación en la ley, es decir, para el contenido específico de leyes particulares o adjudicaciones. Hobbes se desplaza de la anarquía violenta al orden mutuamente beneficioso. Coase demuestra que incorporar cuestiones dinámicas en la producción no requiere agravar la indeterminación asignativa de Pareto con la indeterminación dinámica de Hobbes, aunque él lo hace solamente en el margen. Tanto Hobbes como Coase se ocupan de la producción, no sólo de la asignación de lo que existe. En este sentido, son muy diferentes de Pareto, que no integra con éxito a la producción en su economía.<sup>42</sup> De hecho, es su preocupación por la producción la que les proporciona sus soluciones.

Derecho y economía, la teoría contemporánea de los precios y la teoría de la utilidad con las curvas de indiferencia generalmente giran en torno a cuestiones en el margen de un trasfondo de arreglos generales. Hobbes abordó este trasfondo y no las cuestiones marginales. Desde Hume hacia adelante, la mayoría de las discusiones han estado en el margen. John Rawls es inusual en su intento de establecer principios para los antecedentes de los arreglos generales.<sup>43</sup> Henry Sidgwick (quizás el mayor utilitarista) argumentó que no sabemos lo suficiente

<sup>41</sup> Algunos libertarios piensan que la vida bajo anarquía es mucho más benigna y productiva de lo que Hobbes pensaba que podría ser, y suponen que el dinero surgiría espontáneamente incluso sin gobierno. De hecho, el dinero ha surgido de esta manera en el contexto de estados y sociedades bien ordenadas. Sin embargo, cuando se produce, el dinero es relevante para los valores marginales, no para las grandes comparaciones que interesan a Hobbes.

<sup>42</sup> Véase A.P. Kirman, *Pareto As an Economist*, en 3 *Dictionary of Economics*, supra nota 5, en 804-06 (afirmando que es difícil aceptar las contribuciones de Pareto a la teoría del equilibrio basada en su pobre análisis de la producción).

<sup>43</sup> Véase John Rawls, *Theory of Justice* 11 (1971) (describiendo su versión del contrato social, cuyos términos son "principios de justicia para la estructura básica de la sociedad").

como para partir de los fundamentos, sólo podemos hablar inteligentemente de mejoras sobre lo que existe.<sup>44</sup> Esta es la visión pragmática última: lo máximo que podemos esperar de nuestros esfuerzos es que traigan mejoras en nuestro estado de cosas, no que nos lleven a algún objetivo final bien definido.

Lon Fuller compartió la visión completa de Hobbes de la ventaja mutua junto con una razón limitada. Sobre la base de nuestra limitada razón, no necesitamos conocer la situación moralmente mejor para juzgar a un Estado mejor que otro: "Y es sobre este punto de vista de sentido común que construimos nuestras instituciones y prácticas".<sup>45</sup> En otro lugar, él defendía lo que llamaba la "función de coordinación del derecho", sugiriendo que la ley sirve para la ventaja mutua.<sup>46</sup> Fuller no estaba interesado en si tú y yo hacíamos un intercambio, sino si, si queremos o nos beneficiamos de hacerlo, la ley facilitará nuestra transacción. El derecho contractual, el derecho de responsabilidad civil y mucho más están, en este sentido, entre las ramas facilitadoras de la ley.<sup>47</sup>

En todos estos sistemas, un caso específico que se decide por ley es probable que vaya en contra de una parte u otra, o deba llegar a un compromiso sobre sus intereses en conflicto. Esta elección no puede ser meramente eficiente en el sentido de servir a una ventaja mutua. Es sólo desde un punto de vista *ex ante* que la decisión puede considerarse eficiente, y sólo si se desconoce la distribución de las partes en las interacciones relevantes similares (por ejemplo, cuando la ignorancia hobbesiana fomenta el acuerdo). Por lo tanto, la solución no puede ser discutida directamente por razones de eficiencia. Antes bien, es el sistema que permite las soluciones el eficiente.<sup>48</sup>

El extraño compromiso de Hobbes con el absolutismo se ajusta a esta perspectiva institucionalista. Prácticamente se negó a producir argumentos al margen de un orden político en marcha. En su sistema, los cambios marginales eran prerrogativa plena del soberano. Este recurso al soberano es análogo al recurso último del institucionalista a la institución para decidir casos. El institucionalista podría permitir la revisión de la ley a través de los tribunales de derecho consuetudinario. Pero no hay manera de justificar el status quo en el que trabaja Coase, excepto tal vez como Hobbes podría, al argumentar que los costos esperados para cada uno de nosotros de trasladarnos hacia un nuevo sistema son demasiado elevados.

Para las relaciones de intercambio, la justificación de la ventaja mutua puede parecer tener sentido un caso a la vez. Pero lo que realmente debemos querer en la ley son principios gene-

<sup>44</sup> Véase Henry Sidgwick, *The Methods of Ethics* 473-74 (7th edición, 1907) (argumentando que no podría construirse una moral de novo); véase también Russell Hardin, *Common Sense at the Foundations*, en *Essays on Henry Sidgwick* 143-60 (Bart Schultz ed., 1992) (abordando los problemas inherentes al concepto de conocimiento moral). El argumento de Sidgwick es estrictamente welfarista más que utilitario benthamita, pero su argumento gira en torno a las abrumadoras demandas de conocimiento y de teoría requeridas para hacer afirmaciones más que marginales.

<sup>45</sup> Lon L. Fuller, *The Morality of Law* 32 (revised ed. 1969); ver también id. en 10-12 (describe las diferentes conclusiones alcanzadas a partir de la premisa de que todos los juicios morales deben descansar sobre la perfección).

<sup>46</sup> Lon L. Fuller, *Human Interaction and the Law*, en *The Principles of Social Order* 211-76 (Kenneth I. Winston ed., 1981); véase también Fuller, *supra* nota 44, a las 9 (argumentando que la ley crea las condiciones "esenciales para una existencia humana racional").

<sup>47</sup> Fuller incluso argumenta que las leyes que no son facilitadoras, pero que intentan bloquear las decisiones voluntarias mutuas, como las leyes que prohíben los crímenes sin víctimas, fracasan porque su moralidad como ley es incorrecta. Véase Fuller, *supra* nota 44, en 231-32. Por el contrario, la ley puede usarse muy bien para hacer cumplir la moralidad en lo prometido.

<sup>48</sup> Véase Coase, *supra* nota 9, en 95-156.



rales a nivel de sistema para manejar y hacer cumplir los contratos. Si la necesidad de hacer cumplir surge en cualquier relación de contrato dada, entonces las partes ya no se enfrentan a la perspectiva de una solución que beneficia mutuamente a ambas. La justificación de la ventaja mutua de la ley de los contratos o de cualquiera de sus principios es intrínsecamente a nivel del sistema.

Para ver la naturaleza a nivel de sistema del argumento de la ventaja mutua con mayor claridad, sin embargo, consideren la forma en que se manejan la responsabilidad civil, tanto en la ley como en derecho y economía. En una interacción extracontractual, al menos una de las partes ha sufrido un daño y la ley de infracciones determina la forma en que los costos correrán a cargo de las partes. ¿Podemos argumentar una ventaja mutua aquí? Seguramente no en el nivel individual. Pero el derecho de daños puede ser tratado como análogo a la ley de contratos, ya que hay una ganancia esperada para todos de tener ciertas actividades disponibles, a pesar de su tendencia a producir efectos secundarios nocivos, tales como lesiones de accidentes automovilísticos.

Podemos servir a la ventaja mutua ex ante adoptando una regla eficiente para casos de responsabilidad civil. En algo que todos estaríamos de acuerdo es poder manejar bajo un régimen de asignación de los costos secundarios. Cuando defendemos el corolario coaseano - asignar los derechos de propiedad sobre la base de su eficiencia productiva frente a los costos de transacción - el argumento de la ventaja mutua es estrictamente ex ante. Por lo tanto, podemos obtener una justificación de ventaja mutua de un régimen de responsabilidad civil ex ante. Pero cuando el régimen se aplica efectivamente a una interacción delictiva, una parte puede perder la aplicación del recurso de responsabilidad civil.

¿La justificación a nivel de sistema realmente encaja en un argumento de ventaja mutua? Sí, pero sólo si es probable que todo el mundo esté más o menos aleatoriamente a cada lado de la regla de agravio. Si estamos sistemáticamente divididos en dos clases con comportamientos diferentes pero interactuantes, puede que no haya una regla de ventaja mutua para gobernar nuestras interacciones. Por ejemplo, supongamos que casi siempre voy a ser un conductor y que usted casi siempre será un peatón. Ahora nuestras interacciones serán todas como de interacción única. No hay interacciones de equilibrio en las que yo tengo los intereses del conductor y usted tiene los intereses del peatón. Cada regla tiene el problema de la decisión instantánea en un solo caso. Lo que gano, tú lo pierdes. Cada arreglo real es un conflicto de suma cero entre dos partes en una pérdida por agravio, y la suma de todos los ajustes es también un conflicto de suma cero entre dos clases claramente definidas de partes en todas las pérdidas por agravio. Por lo tanto, una regla que permite la mala suerte, siempre y cuando el conductor esté conduciendo razonablemente podría asignar sistemáticamente la mayoría de los costos interactivos de la conducción a los que no son conductores.<sup>49</sup>

Mucha discusión en derecho y economía se basa implícitamente en la justificación de la ventaja mutua. Por ejemplo, las discusiones sobre los delitos generalmente parecen dar por sentado que está bien hacer cosas como conducir vehículos a pesar del conocimiento prácticamente cierto de que hacerlo podría ponernos en riesgo de matar o herir a alguien. La cuestión no es si debo ir a la cárcel por haber conducido en absoluto, sino si debo ayudarlo a sa-

<sup>49</sup> Tengan en cuenta que este problema se complica aún más por la posibilidad de que su evaluación de una dada pérdida física podría diferir dramáticamente de la mía, a pesar de que el daño físico hecho es el mismo. Su mano de violinista puede valer mucho más que mi mano de mecanógrafo. Para una discusión extensa, véase Guido Calabresi, *Ideals, Beliefs, Attitudes, and the Law* 24-25 (1985).

nar después del accidente. Esto puede recordar discusiones calientes de la doctrina del doble efecto. Mi intención cuando conduzco es llegar a una fiesta, no matar a la persona que accidentalmente podría atropellar en el camino. Por lo tanto, podría no hacer nada mal si matara a alguien accidentalmente.

Coase da fundamento de ventaja mutua a una versión de este principio de la doctrina del doble efecto sin enredarse en la teoría simplista de la acción causal de esa doctrina. En la teoría causal de Coase, yo podría causarle daño a usted sólo si no estoy actuando sólo por mi cuenta, sino que estoy interactuando con usted. Su daño fue, por lo tanto, producido conjuntamente por nosotros, a pesar de que su única parte en la causalidad conjunta puede haber sido estar de pie en un lugar particular de la acera. Si pensamos que el daño fue conjuntamente causado, es extraño atribuirme una falta moral - sólo hubo un efecto causal conjunto. Sin embargo, gran parte de la legislación sobre agravios ha sido una ley de búsqueda de defectos. En una explicación coaseana o de derecho y economía, es eminentemente plausible que todo lo que hice era correcto y todo lo que usted hizo era correcto, y sin embargo el resultado conjunto de nuestras acciones fue un grave daño a uno de nosotros.

#### IV. La Eficiencia como Norma en el Sistema Legal

En derecho, la norma de eficiencia, que generalmente se puede definir como ventaja mutua, funciona de la misma manera que funcionan las normas fuertes. Las normas fuertes están asociadas con grupos, y son típicamente normas de exclusión.<sup>50</sup> Dentro del grupo de aquellos que comparten esta norma, los miembros del grupo hacen cumplir la obediencia a la norma entre sí. La aplicación funciona a través de la exclusión de violadores de normas del grupo o de sus actividades. La exclusión puede tomar formas dramáticas y viciosas, o puede funcionar de maneras más sutiles. Por ejemplo, en el sistema legal, los jueces y otros oficiales de la corte pueden ser totalmente excluidos del sistema por medio del desafuero o la destitución. Más típicamente, sin embargo, están meramente excluidos de poder ejercer influencia. Algunas normas, como las normas de honestidad e imparcialidad, pueden ser universales, en cuyo caso son típicamente débiles porque no pueden aplicarse efectivamente excluyendo a los infractores.

Como es cierto para algunos pero no para todos los grupos que comparten una norma, el grupo de funcionarios del sistema legal estadounidense es relativamente jerárquico. Además, y esto puede ser un punto de gran importancia, la jerarquía está encabezada por un grupo de nueve jueces en la Corte Suprema, no por un solo juez. Consideren la Corte Suprema durante un período de relativa constancia de su membresía, digamos una década más o menos. Por lo general, el Tribunal Supremo de un año está sólo a uno o dos jueces de distancia de ser el Tribunal de un par de años antes o después. Existe, por lo tanto, algo así como una opinión media rotativa de diez años de la Corte sobre cualquier cuestión de interpretación de larga data.<sup>51</sup> Excepto en temas muy divididos, la opinión de la Corte de hace varios años será la opinión de la Corte de este año. Por lo tanto, los tribunales inferiores generalmente pueden esperar que los precedentes recientes sean determinantes para los nuevos casos, en la medida en que esos precedentes sean claros.

<sup>50</sup> Véase Russell Hardin, *One for All: The Logic of Group Conflict* 72-106 (1995) (explicando la diferencia entre las normas de exclusión y otras normas). [Link](#) al capítulo 3.

<sup>51</sup> Véase Maxwell L. Stearns, *Standing and Social Choice: Historical Evidence*, 144 U. Pa. L. Rev. 309, 349-55 (1995) (evalúa las decisiones de la Corte en el tiempo en términos de bloques que no cambian de año en año, sino más bien, durante períodos de tiempo).

Supongamos que soy juez en un panel de jueces en un tribunal inferior y que no estoy plenamente convencido de la corrección del precedente o regla de la actual Corte Suprema sobre algún asunto. Si, en un caso ante mi tribunal, yo lidero la mayoría de mi panel con un argumento en contra de esa opinión de la Corte Suprema, podemos esperar con confianza que se anulará. Sin embargo, si lidero a una mayoría para ajustar nuestra decisión al criterio de la Corte Suprema, tal vez con nuevos giros que amplíen el actual precedente, podríamos prevalecer realmente con nuestra novedad marginal. Mis colegas en el tribunal probablemente estarán de acuerdo con la Corte Suprema si son ambiciosos en querer tener un efecto real en la ley o si buscan una existencia relativamente cómoda. Por lo tanto, es mucho más probable que tenga éxito en formar una mayoría efectiva si adapto mis argumentos para ajustarme a la opinión de la Corte Suprema. Por supuesto, algunos de mis colegas pueden ser lo suficientemente gruñones como para no preocuparse por la ambición o la comodidad, y algunos podrían ser lo suficientemente justos sobre una serie de cuestiones para no preocuparse de parecer gruñones sobre esos temas particulares.

Supongamos que domino la relación con mis colegas y tengo éxito en tener una influencia marginal en aquellos casos en los que simplemente estiré los precedentes para cubrir nuevos terrenos. Ahora puedo ser tomado más en serio cuando escribo una opinión sobre un tema más novedoso. Cuanto más la Corte Suprema encuentre que mis opiniones se pueden usar, más se fijará en mis opiniones en el futuro. El consejo de Sam Rayburn a los nuevos miembros del Congreso fue: "*Tienes que seguir adelante para llevarte bien*" (*You have to go along to get along*). Este es un buen consejo en los esfuerzos colectivos de todo tipo, incluyendo el esfuerzo colectivo de la ley hecha por los jueces. Como juez de primera instancia, puedo tener mucho más efecto sobre la ley si generalmente encajo mis opiniones con los precedentes que si no lo hago.

En este análisis, podemos entender cómo las reglas funcionan como normas en al menos un sentido vago. Más allá de eso, sin embargo, buscamos una explicación de por qué motivan a los funcionarios en el sistema legal. Lo hacen de dos maneras. En primer lugar, afectan el comportamiento de las partes potenciales de los litigios, y esto tiene efectos de incentivo para los jueces y otros. En segundo lugar, pueden afectar directamente las motivaciones de los jueces y funcionarios en el sistema legal y, por lo tanto, tienen efectos de incentivo para otros en el sistema, incluidos los posibles litigantes. Estos dos mecanismos no son típicamente separables porque cada uno funciona sólo en tándem con el otro. La presunción general es que todas las partes en el sistema jurídico se esforzarán por obtener los mejores resultados en sus funciones particulares, pero, como sus funciones varían sustancialmente, pueden existir intereses distorsionadores que separen los intereses de los funcionarios del sistema de los de las partes que se presentan ante la ley.

En la Parte IV.A, consideraré las formas en que la eficiencia de los litigantes puede ser una norma dentro del sistema legal. Luego, muy brevemente, en la Parte IV.B, voy a notar formas en que la preocupación interna con la eficiencia puede distorsionar el funcionamiento de ese sistema. Terminaré la discusión de la norma de eficiencia con comentarios sobre sus implicancias para el estado de derecho.

#### A. Eficiencia para potenciales litigantes

Paul Rubin, George Priest y otros han argumentado que las reglas ineficientes para los litigantes se enfrentarán a litigios más frecuentes y, por lo tanto, tiendan a ser cambiadas antes

que las reglas que son eficientes.<sup>52</sup> Lo que hace que esta afirmación sea convincente, al menos en algunas áreas de la ley, es la estructura estratégica del patrón de litigio. Si hubiera una regla de ventaja mutua para gobernar una gama de interacciones, los litigantes repetidos, a pesar de que podrían obtener ganancias obteniendo una decisión contraria en un caso instantáneo, se beneficiarían más ex ante con la regla de la ventaja mutua si fuera la norma de derecho. Si una regla de ventaja mutua fuera el actual precedente, los potenciales litigantes repetidos ahora pueden conformar su comportamiento por adelantado a la regla que realmente sirve a su interés general, si no en un caso ocasional. De hecho, sólo pueden perder en el largo plazo de litigar con éxito contra la regla en un caso particular. El resultado es que, como dirían Rubin y otros, la regla de la ventaja mutua queda bajo menos ataques que una regla que no sirviera genuinamente a la ventaja mutua.

Aunque la mayoría de los jueces nunca podrían hacer inferencias sobre la eficiencia de cualquier regla, un juez Hand u Holmes o Posner verán todo el asunto y articularán una regla que sea mutuamente ventajosa. Y seguramente, algunos de los que se benefician con una nueva regla de ventaja mutua verán el problema lo suficientemente bien como para entender dónde está su ventaja, y harán todo lo posible para que los jueces entiendan también el tema.

Por supuesto, este argumento funciona mejor para las reglas que rigen las clases de interacciones en las que las partes caen más o menos al azar en un lado u otro de un problema. En general, debemos esperar reglas especialmente eficientes para el derecho mercantil que rigen las transacciones entre grandes empresas que a menudo están involucradas en "ambos lados" de cualquier regla. Algunas reglas de common law pueden estar sesgadas a favor de una clase de partes si hay dos o más clases en oposición más o menos constante en lados fijos de cualquier regla, de modo que no hay una regla de ventaja mutua. El sesgo será especialmente grande si una clase de partes incluye litigantes repetidos y la otra no. Por lo tanto, en el derecho penal podemos esperar reglas que beneficien a los fiscales en lugar de reglas que sean mutuamente ventajosas.

Por último, las normas generalmente funcionan mejor cuando las violaciones son relativamente públicas, de manera que la sanción de los infractores puede ser efectiva e incluso puede incumbir a algunos miembros del grupo correspondiente.<sup>53</sup> Una ventaja particular de las normas legales dentro del sistema legal es que ellas y sus violaciones son prácticamente documentos públicos. Si el juez A produce un argumento que es estúpido, inconstitucional o contrario a los precedentes reinantes, él y su argumento serán ampliamente conocidos. Si el juez B produce un argumento que es nuevo y convincente, él y su argumento también serán ampliamente conocidos. Pero el juez B y su argumento pueden llegar a ser influyentes, mientras que el juez A perderá influencia al producir su argumento.

Todos estos argumentos sugieren que, al menos para muchas porciones del derecho consuetudinario, habrá incentivos internos al poder judicial para fijar reglas que sirvan al beneficio mutuo de potenciales litigantes. Ningún juez particular necesita entender que esto es lo que hace que estas reglas sean convincentes, pero todos o la mayoría de los jueces entenderán que estas reglas constituyen normas sólidas para sus propias decisiones en casos relevantes

---

<sup>52</sup> Véase en general Paul H. Rubin, *Why Is the Common Law Efficient?*, 6 J. Legal Stud. 51 (1977); George L. Priest, *The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules*, 6 J. Legal Stud. 65 (1977).

<sup>53</sup> Ver Richard H. McAdams, *Group Norms, Gossip, and Blackmail*, 144 U. Pa. L. Rev. 2237, 2241 - 42 (1996).

porque, cuando decidan contra estas reglas, serán opuestos por sus colegas o la regla será revocada por un tribunal superior.

### *B. Eficiencia dentro del sistema legal*

La preocupación de los funcionarios del sistema legal con la eficiencia no necesita centrarse sólo en la eficiencia de los litigantes. Como sucede con los seres humanos en contextos variados, los jueces típicamente desean reducir las cargas que enfrentan. Las normas generales y del sistema que son mutuamente beneficiosas para los litigantes también benefician a los jueces directamente facilitando sus empleos y haciendo que sus decisiones sean más coherentes. Si bien las preocupaciones de los posibles litigantes tienden a producir reglas eficaces para el contenido de las decisiones, las preocupaciones de los jueces irán más lejos para producir reglas eficientes de procedimiento. Un elemento importante para establecer una regla de ventaja mutua en algunos contextos es que las partes sean actores repetidos. Una vez más, de los participantes de una sola vez se puede esperar que se esfuercen por obtener el mejor resultado para sí mismos en el caso presente. Los participantes repetidos se preocupan por la regla general que se establece. Quieren reglas que sirvan a sus intereses mejor a largo plazo o en promedio. Los funcionarios del sistema legal son abrumadoramente jugadores repetidos, que por lo tanto tienen razón y oportunidad de presionar por reglas que sirvan a sus intereses.

Gran parte del procedimiento judicial es de hecho una cuestión de derecho consuetudinario. Esto es cierto tanto para el derecho penal como para el civil. El interés que los jueces tienen en las reglas de decisión que mejoran la coherencia de sus decisiones es similar al interés que tienen en normalizar el procedimiento para que puedan desempeñarse mejor. A veces, tal normalización puede trabajar en beneficio mutuo de aquellos que vienen ante la ley, pero no necesariamente. Por ejemplo, los fiscales y los jueces podrían tener un incentivo para resolver la mayoría de los casos penales mediante la negociación de condenas (*plea bargaining*). Esto no necesita, ni siquiera ex ante, ser ventajoso para los acusados. Por lo tanto, el procedimiento de negociación de condenas puede ser eficiente para los que están en el sistema, pero no para los que se presentan ante él.

### *C. Normas y estado de derecho*

La posibilidad de hacer cumplir normas internas al sistema legal da quizás el sentido más plausible que se pueda atribuir a cualquier afirmación de que tenemos un gobierno de leyes, no de hombres. Obsérvese que tales normas son producidas sociológicamente y aplicadas dentro del sistema legal. No son internas al propio concepto de derecho, como algunos podrían argumentar que ciertas normas deben ser.<sup>54</sup> Más bien, su existencia puede explicarse por su forma de operar y la forma en que se aplican. Para operar bien, en general deben ser de auto-cumplimiento. Puede haber muchas de estas normas, aunque he argumentado principalmente por la norma única de eficiencia y sus sub-normas. El argumento a favor de estas normas particulares es que están respaldadas por incentivos claros y sistemáticos a los fun-

---

<sup>54</sup> Lon L. Fuller argumentó que ciertas normas forman parte de la (necesaria) moralidad interna de la ley. Véase en general Fuller, *supra* nota 44; Lon L. Fuller, [Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart](#), 71 Harv. L. Rev. 630 (1958). Para el otro lado de este debate articulado, véase en general H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (1961). [Ch. II, III, IV, V and VI](#); [Chapter X](#); H.L.A. Hart, [Positivism and the Separation of Law and Morals](#), 71 Harv. L. Rev. 593 (1958).

cionarios del sistema jurídico y a las partes en acciones legales, especialmente las acciones contractuales comerciales, pero también a muchas otras.

El poder de la norma de la eficiencia es que puede dar incentivos muy fuertes a los funcionarios del sistema legal a comportarse de ciertas maneras. La preocupación por su interés en las decisiones bajo la ley otorga incentivos directos a muchos litigantes. Para los funcionarios del sistema jurídico, los incentivos actúan indirectamente por la norma de eficiencia, que actúa como norma de exclusión. La fuerza de tales normas, una vez más, proviene del interés que tienen los miembros del grupo en hacerlas cumplir espontáneamente contra los violadores. La norma de eficiencia en derecho está respaldada por la coordinación institucional en materia de eficiencia.

Esta posibilidad de "auto" aplicación espontánea por parte del grupo va en contra de la tesis de Hobbes de que el gobernante o soberano está por encima de la ley.<sup>55</sup> Creamos una estructura institucional compleja para manejar la ley, y esa estructura impone restricciones a los individuos dentro de ella para comportarse en determinadas formas regulares y en gran medida beneficiosas. No es necesario que exista un coaccionista externo para inducir tal comportamiento, y los actores relevantes no necesitan tener puntos de vista normativos fuertes para comportarse de esa manera. Se comportan relativamente bien porque es de su interés seguir la norma requerida.

#### V. Conservadurismo Inherente?

Los críticos a menudo afirman que el enfoque de derecho y economía es intrínsecamente conservador.<sup>56</sup> No cabe duda de que la opinión de Hobbes sobre el efecto probable de cualquier esfuerzo de reforma tiene implicancias groseramente conservadoras. Se podría suponer que el aparente conservadurismo de derecho y economía surgió de dos consideraciones muy diferentes pero relacionadas: su marginalismo y el escepticismo epistemológico en que se fundamenta. Pero los argumentos de estas consideraciones no resisten el análisis.

El escepticismo epistemológico no es de por sí conservador. Se trata sólo de hechos y de nuestro conocimiento de ellos. Ni conservadurismo ni ningún otro valor pueden atribuirse directamente a tales afirmaciones sobre el conocimiento. Por ejemplo, sería extraño criticar a alguien por ser conservador acerca de cambios que pensaba, de hecho, no podrían funcionar. En este sentido, Ludwig von Mises y Friedrich Hayek no eran conservadores sólo por su creencia de que una economía dirigida no podía producir un bienestar tan grande como una economía de mercado.<sup>57</sup> En su opinión, una sociedad con desigualdad y mayor productividad e innovación es mejor que una sociedad con menos desigualdad y menos productividad, pero a este respecto sus opiniones concuerdan al menos en gran medida con la de Rawls, cuyo principio de diferencia permite desigualdad si es el resultado de la productividad que hace que incluso los peores estén mejor.<sup>58</sup> Sólo cuando se combinan con compromisos de valores, como el bienestar o la autonomía, las afirmaciones de conocimiento pertinentes implican políticas conservadoras o radicales.

<sup>55</sup> Véase Hobbes, *supra* nota 2, en 313.

<sup>56</sup> Véase en general Morton J. Horwitz, *Law and Economics: Science or Politics?*, 8 Hofstra L. Rev. 905 (1980).

<sup>57</sup> Véase Ludwig Von Mises, *Socialism* 102-05 (1981) (1922); Friedrich A. Hayek, *The Road to Serfdom* 73-74 (1944).

<sup>58</sup> Véase Rawls, *supra* nota 42, en 75-78.

Es posible, por supuesto, que las afirmaciones epistemológicas de Sidgwick y muchos defensores de derecho y economía sean especialmente compartidas por los conservadores. Esta correlación de visiones epistemológicas con compromisos de valor puede surgir meramente de la frase ampliamente aceptada de que "debe" implica "puede".<sup>59</sup> Si no podemos saber lo que se necesita para que la sociedad radicalmente mejore en algún aspecto, entonces no es verdad que debamos. Como simple cuestión de hecho, podría ser que las posibilidades de cambio agobien nuestros compromisos valorativos. Tal vez por una cuestión de historia, los conservadores han alcanzado generalmente sus posiciones valorativas a partir de las limitaciones impuestas por sus creencias sociológicas. Con creencias epistemológicas menos restrictivas podrían haber creído más fácilmente en la posibilidad de efectuar cambios radicales para mejorar.

George Stigler afirma que "el estudio profesional de la economía hace que uno sea políticamente conservador".<sup>60</sup> Al hacer esta afirmación, presumiblemente no quiere decir que todos los economistas sean conservadores incondicionales en sentido político, sino que el estudio de la economía probablemente los empuje en esa dirección. Lo que quiere decir afirmando que los economistas son conservadores es que, en virtud de su formación y de su comprensión, los economistas tienden a apoyar los dispositivos del mercado libre sobre el control gubernamental.<sup>61</sup> Es decir, cree que un pequeño número de personas en un gobierno central no puede ser más inteligente que miles de empresarios y supone que una educación empíricamente fundamentada y una carrera en economía convencen de que esto es cierto. Sin embargo, puede haber retornos de escala y organizativos, como sugieren Toyota, DuPont y muchas otras grandes empresas, y no existe una razón a priori para suponer que tales retornos no puedan continuar para algunos propósitos hasta el nivel de la organización de toda una sociedad. Podemos suponer que el punto de Stigler se basa en el escepticismo austríaco sobre el conocimiento disponible para las personas en el gobierno central, pero una posición tan fuerte requeriría una confianza escéptica en el conocimiento del economista de cómo funciona un mercado. En esta opinión, el conservador debe jugar el juego de Hobbes, invitando al escepticismo cuando eso ayuda y que exige la creencia firme cuando eso ayuda.

Curiosamente, a juicio de Stigler, aunque derecho y economía sea ampliamente atacada por su conservadurismo, no es necesariamente conservadora porque se base en el status quo de los arreglos institucionales, incluidos los derechos de propiedad existentes. Si finalmente es conservadora -en el sentido de Stigler de ser pro-mercado- en sus argumentos y aplicaciones reales, es porque sus argumentos acumulativamente tienden a producir instituciones de mercado.

Hay un sentido vernáculo muy utilizado en el que el conservadurismo simplemente favorece el status quo, definido de alguna manera, sobre el cambio. En este sentido, tal vez el conservadurismo tanto de la economía como de derecho y economía sea tanto un resultado teórico como empírico. Durante más de un siglo, la tradición dominante en la economía occidental

<sup>59</sup> Véase Russell Hardin, *Morality Within The Limits of Reason* 53 (1988).

<sup>60</sup> George J. Stigler, *The Politics of Political Economists*, in *Essays in the History of Economics* 51, 52 (1965).

<sup>61</sup> En palabras de Stigler, un conservador en materia económica es aquel que "desea que la mayor parte de la actividad económica sea llevada a cabo por la empresa privada, y que cree que los abusos del poder privado serán generalmente controlados, y que las incitaciones a la eficiencia y al progreso normalmente serán proporcionadas por las fuerzas de la competencia." Id. en 53.

ha sido marginalista.<sup>62</sup> En esta tradición, no tiene sentido hablar del valor general de organizar a la sociedad de una manera o de otra. La economía sólo proporciona vocabulario y teoría para discutir el valor marginal de un cambio. Estamos en el mundo de Hume, Pareto y Coase, no en el de Hobbes o Bentham. Éste puede ser el lugar adecuado para estar, y podemos concluir que el conservadurismo económico no sólo está empíricamente bien fundamentado, sino que también nos corresponde teóricamente.

Sin embargo, este análisis no cuenta toda la historia. Además de las lecciones empíricas y el atractivo de la teoría, la economía contemporánea se basa en un auténtico compromiso valorativo. El valor es el welfarismo marginalista con una mezcla incómoda de elementos interpersonalmente incomparables e interpersonalmente comparables. Si el welfarismo fuera inherentemente marginalista, entonces sería conservador; pero la cuestión de un bienestar ordinario no es que los juicios sean marginales en el sentido de ser triviales o mínimos. La teoría holística de Hobbes sobre la ventaja mutua de tener un estado es welfarista, no marginalista. Esa teoría es conceptualmente coherente e incluso empíricamente plausible. El welfarismo no es, por lo tanto, inherentemente marginalista. Por el contrario, es sólo comparativo o relativo.

El elemento genuinamente conservador de esta línea de teoría es que limita el cambio a lo que sería mutuamente ventajoso - descartando así las supuestas mejoras que dependen de los trade-offs y las agregaciones de bienestar interpersonalmente comparables. Si sólo podemos hacer lo que será mutuamente ventajoso, privilegiaremos automáticamente el status quo. A veces se observa que el utilitarismo fue una vez la teoría moral de los radicales y reformadores políticos, pero que ahora es la teoría de los conservadores.<sup>63</sup> En realidad, es la teoría moral implícita de la mayoría de los economistas occidentales y tal vez también de la mayoría de los economistas orientales. Parte del cambio es el abandono de la teoría de la utilidad cardinal, interpersonalmente comparativa.

Si el tema es el escepticismo que conduce al marginalismo, Hobbes no encaja porque no estaba dispuesto a debatir sobre cambios marginales. En cierto modo, el escéptico de mayor alcance en la economía moderna fue Friedrich Hayek, que justificó el mercado descentralizado por el hecho de que la epistemología de una organización central no podría igualar la de los actores económicos tomados espontáneamente juntos.<sup>64</sup> Hayek afirmó que no era un Conservador sino que era un *whig*.<sup>65</sup> Al hacer esta afirmación, él simplemente leía el vocabulario anterior del liberalismo económico para significar lo que Stigler quería decir con el conservadurismo económico. Hayek, sin embargo, era intelectualmente inconsistente si su teoría del valor era welfarista y no comparativa interpersonalmente, porque claramente suponía que cambiar de dispositivos centralizados a dispositivos de mercado es bueno, aunque tal cambio probablemente cause pérdidas de bienestar para algunos.

Un compromiso de ventaja mutua podría bloquear la intervención para ayudar a aquellos que están hablando con comparaciones interpersonales de bienestar - lamentablemente peor

<sup>62</sup> Véase George J. Stigler, *The Adoption of the Marginal Utility Theory*, in *The Economist as Preacher and Other Essays* 72, 78-85 (1982) (detalla el desarrollo histórico de la teoría de la utilidad marginal).

<sup>63</sup> Véase por ejemplo Bernard Williams, *Morality: An Introduction to Ethics* 102-03 (1972).

<sup>64</sup> Véase Friedrich A. Hayek, *The Use of Knowledge in Society*, in *Individualism and Economic Order* 77 (1948).

<sup>65</sup> Véase Friedrich A. Hayek, *Why I Am Not a Conservative*, in *The Constitution of Liberty* 397, 408 (1960).



que la norma. Puede ser verdad, bien por las razones empíricas de Stigler o por razones teóricas, que no podamos intervenir en tales casos sin una severa distorsión de la economía, reduciendo su productividad y el bienestar de los demás. Un compromiso de valor modestamente más generoso que de algún modo viola la implicancia colectiva del interés propio podría permitir tal intervención de todos modos.

En una economía real, ni siquiera podemos honrar el principio de Pareto. Si hubiera muchos vendedores y compradores, mi bienestar no se vería afectado si usted también es un vendedor; pero, si poseo el único restaurante en la esquina y usted abre otro frente a mí, puedo ser afectado masivamente por su venta en mi mercado. Es cierto que todas sus transacciones pueden ser intercambios voluntarios que los benefician tanto a usted como a sus socios, pero el resultado no puede empujarnos a todos hacia la frontera de asignación mutuamente ventajosa porque puede reducir mi bienestar. De hecho, puede incluso arruinarme.

### Conclusión

La ventaja mutua es un principio normativo holístico relativamente atractivo para la organización social, cuando es aplicable. Hobbes aplicó el principio de esta manera, aunque el principio no dará sus recomendaciones determinadas si conocemos un poco de ciencia social. En una teoría ordinal welfarista, decir que todos los individuos están mejor nos permite decir que la sociedad está mejor. No hay falacia de composición mientras supongamos que la última afirmación es simplemente una abreviatura de la primera. Desafortunadamente, todo lo que produce es afirmaciones comparativas tales como "el estado A es mejor que el estado B", mientras que puede ser indeterminado en la comparación del estado A con el estado C.

La ventaja mutua puede ser un principio normativo mucho menos convincente para cambios marginales. En el margen, el recurso exclusivo al principio es intrínsecamente conservador. Los utilitaristas -que una vez fueron radicales políticos- pueden rechazarlo fácilmente si piensan que incluso las comparaciones interpersonales groseras de bienestar son posibles.<sup>66</sup> Es conservador en un sentido diferente al de Stigler, que califica el compromiso con el mercado como conservador (un punto de vista que implica que los radicales actuales en Europa oriental y las antiguas repúblicas soviéticas sean "conservadores"). La ventaja mutua, por otra parte, es conservadora en su obediencia al status quo. Vastos cambios sistémicos, como los que actualmente están en curso en muchas naciones orientales, no pueden considerarse plausiblemente mutuamente ventajosos, porque seguramente dejarán a muchas personas como perdedores netos.<sup>67</sup>

¿Podemos resolver alguna de las indeterminaciones que quedan en las teorías de eficiencia? Podríamos ser capaces de hacerlo si pudiéramos cambiar parte del camino hacia las medidas interpersonalmente comparables de utilidad o riqueza de Bentham o Posner. Las comparaciones interpersonales que hacemos son a veces marginales, a veces holísticas. Marginalmente, podríamos decir que mi picazón es menos perjudicial que su pierna rota o que mi gran aumento salarial es menos bueno que el que usted finalmente haya conseguido un trabajo.

<sup>66</sup> Ver Hardin, supra nota 58, en 126-27 (señalando que "si no se pueden hacer comparaciones interpersonales de bienestar, no puede haber ningún tema de justicia distributiva").

<sup>67</sup> Sin embargo, podríamos explicar estos cambios sociológicamente con la afirmación de que sirven a la ventaja mutua de grupos políticamente importantes. Véase Russell Hardin, *Liberalism, Constitutionalism, and Democracy* chs. 1, 5 (1997). 67 S

De manera holística, podríamos decir que su existencia plena de riqueza con largas perspectivas de vida en una sociedad pacífica y productiva es mejor que mi existencia empobrecida con cortas perspectivas de vida en una sociedad indigente y violenta. Éstas son, en los casos marginales y holísticos, meramente comparaciones ordinales.

Ahora podemos pensar que es mejor hacer una vida un poco menos buena para mejorar sustancialmente la otra. O, más sistemáticamente, podríamos pensar que es bueno transferir recursos de una clase muy acomodada a una clase mucho más pobre. Aquí, sin embargo, podemos no ser capaces de hacer lo que el teorema de Coase sugiere que podemos. Coase primero separa la producción de la asignación para maximizar la producción medida a precios corrientes, y luego pasa a asignar beneficios.

Si los cambios en la producción son principalmente una cuestión de cambiar los insumos de la propiedad, el truco de Coase debería funcionar, sujeto como siempre a los costos de transacción; pero si los cambios en la producción son cuestión de cambiar los insumos de mano de obra, especialmente en la forma de un mayor compromiso, entonces las asignaciones pueden afectar lo producido. Este es el problema que impulsa el principio de diferencia de Rawls, según el cual consentiremos en desigualdades en los pagos por el trabajo en la medida en que esas desigualdades lleven a una mayor producción que beneficie incluso a los peores en la sociedad.

Finalmente, tengan en cuenta que Posner es bastante universal en lo que incluye bajo la riqueza. Coase también es universal. Es cierto que sus ejemplos suelen implicar montos en dólares de costos y beneficios para las partes pertinentes, pero los dólares son un dispositivo, y pueden ser intercambiados por otras cosas. Además, dice que debemos ser bastante amplios en nuestra contabilidad de los efectos del bienestar. Incluso cita, tal vez burlescamente en parte, la opinión de Frank Knight de que los problemas de la economía del bienestar deben, en última instancia, disolverse en un estudio de la estética y la moral.<sup>68</sup> Los principios de Pareto parecen capaces de acomodar cualquier valor, aunque no pueden manejar la producción.

A diferencia de los escritores modernos, Hobbes parecía preferir mantener las cuestiones económicas y de supervivencia separadas de las cuestiones no materiales, que nunca discutió en *Leviathan*. ¿Por qué la diferencia? Tal vez sólo por el desarrollo de la teoría de utilidad, la más articulada y extensa de todas las teorías del valor, en los últimos tres siglos. O tal vez porque en las condiciones de su tiempo, Hobbes pensaba que otras preocupaciones estaban abrumadas por el problema de supervivencia y prosperidad material. Para él eran más o menos lo que son los bienes primarios en la teoría de Rawls. Antes de que los bienes materiales estén seguros, Hobbes suponía que la gente no tendría probabilidades de invertir mucho en diversos valores alternativos.<sup>69</sup> Hasta cierto punto, esto es incluso una afirmación constitutiva. Por ejemplo, uno no puede tener un valor para la identidad de grupo en un estado hobbesiano de naturaleza. Por lo tanto, los valores iniciales de Hobbes de supervivencia y bienestar son anteriores a los valores socialmente determinados como la identidad. Es debido a que los teóricos posteriores que defienden estos valores están escribiendo sobre las sociedades en marcha que pueden introducir esos valores en sus cuentas. Sin embargo, estos otros valores no pueden ser mantenidos fuera de argumentos sobre la reforma y la revolución, a menos

<sup>68</sup> Véase Coase, *supra* nota 9, en 154.

<sup>69</sup> Véase Hobbes, *supra* nota 2, en 186.

que uno piense que el beneficio esperado de asegurar el régimen correcto nunca podría contrarrestar el riesgo esperado de anarquía caótica.

Podemos concluir que varios esfuerzos para llevarnos a la frontera de beneficio mutuo han mejorado mucho nuestra comprensión de los problemas del bienestar ordinario, pero no han resuelto todos los problemas. Hobbes y Coase han dado pasos extraordinarios que hacen que el programa de ventaja mutua parezca plausiblemente viable en algunos contextos, tanto holísticos como marginales, pero todavía nos dejan indeterminaciones. Para resolverlas, podríamos imponer al menos comparaciones interpersonales ordinarias, que, sin embargo, violan el principio de ventaja mutua que han trabajado Hobbes, Pareto, Coase y gran parte de derecho y economía. Sin embargo, las comparaciones interpersonales pueden proporcionar un refugio común para los jueces que se enfrentan a casos difíciles en los que la eficiencia a largo plazo no se verá afectada por la presente decisión.

Cuando el derecho aplica una ventaja mutua - es decir, cuando todas las partes pertinentes pueden ser mejor servidas por una regla que beneficie a todas ellas a largo plazo en las muchas interacciones en las que podrían estar involucradas - produce una poderosa norma de eficiencia dentro del sistema legal. Esta norma obliga a jueces dispares a adoptar posiciones relativamente coherentes sobre cuestiones importantes, incluso cuando no entienden individualmente cuál es esa posición y cuando sólo recurren a una colección de reglas y precedentes cuya inteligencia sistemática no necesitan comprender.