

La Eficiencia de Pareto y las Teorías Deontológicas: una respuesta libertaria a Kaplow & Shavell.

Por Eduardo Stordeur (h)*.

I- Introducción.

Superada en parte la amplia polémica generada por los iniciales trabajos de Posner respecto del fundamento moral del Análisis Económico del Derecho, la misma cobró nuevo impulso con una serie de artículos previos y final publicación de *Fairness versus Welfare* (FVW) de Louis Kaplow & Steven Shavell¹. Estos autores (en adelante K & S) postulan que las decisiones en materia legal deben tomarse únicamente en consideración de sus consecuencias en el bienestar de los individuos (en adelante W) sin otorgar peso moral independiente alguno a los criterios de justicia (en adelante F). Las decisiones en materia legal, en suma, deben tomarse –según estos autores- exclusivamente en términos del bienestar individual de los individuos (W). Fundan tal proposición en tres argumentos relacionados y un cuarto muy general.

El primero y fundamental, es él conocido y polémico “argumento paretiano” que postula que las Teoría deontológicas (en adelante TD) que tienen por nota común otorgar peso moral independiente de la utilidad a (F), tienen altos costos en utilidad en tanto violentan la regla de Pareto. Cuando se aplica una TD, sugieren los autores, todos o algunos quedan en “peor” situación, en tanto hay disponible algún estado de cosas que incrementa la utilidad de los participantes desde la óptica de sus propias preferencias².

* El autor es Profesor de “Derecho y Economía” e Investigador Senior en el Instituto Universitario ESEADE, Profesor de grado y en la “Maestría en Derecho y Economía” y en la “Especialización en Sociología Jurídica” del Departamento de Postgrado de la Universidad de Buenos Aires. También se desempeña como Becario y Director del Seminario de “Derecho y Economía” de la Fundación F. A Von Hayek. Otras versiones de este trabajo fueron leídas, respectivamente, en el Departamento de Investigaciones de ESEADE y en las XIX Jornadas Anuales de la Asociación Argentina de Filosofía Jurídica y Social, durante el corriente año. Agradezco los comentarios y sugerencias allí recibidas. **Versión sujeta a revisión.**

¹ Véase, Louis Kaplow & Steven Shavell, *Fairness vs. Welfare*, Harvard University Press, Cambridge Mass. 2002, libro que fue publicado originariamente con igual título en 114 *Harvard Law Review* 961, 2001. También, de los mismos autores, “The Conflict Between Notions of Fairness and the Pareto Principle”, 1 *American Law and Economics Review*, 1999, p. 63-77; “Notions of Fairness Versus the Pareto Principle: On the Role of Logical Consistency”, *Yale Law Journal*, 2000, p. 237 – 249; “Any Non Welfarist Method of Policy Assessment Violates the Pareto Principle”, 109 *Journal of Political Economy*, 2001, p. 281-286; “Fairness Versus Welfare: Notes of the Pareto Principle, Preferences, and Distributive Justice”, 32 *J. L. Studies*, 2003, p. 331.

² Aún cuando complica la lectura, creo conveniente distinguir una Teoría Deontológica (TD) de una regla de “justicia” (F) que puede adoptar la forma de “cumplir las promesas” o “compensar los

Como se sabe, la regla de Pareto (el más extendido criterio de eficiencia distributiva en Economía) postula que un estado de cosas “X” es superior respecto de otra “Z”, sí y solo sí alguien prefiere “X” a “Z” y nadie prefiere “Z” a “X”, de modo tal que “X” implica mayor utilidad que “Z”³. Sin embargo, “Z”, afirman K & S, es la consecuencia de la aplicación de cualquier TD: una de menor utilidad desde el punto de vista de las preferencias de los individuos.

El segundo argumento, evidentemente relacionado con el primero y que ocupa la mayor parte del *FVW*, supone un examen de los altos costos en materia de utilidad que se sigue de la aplicación de diversas doctrinas fundadas en las TD que otorgan peso independiente de la utilidad a diversas (F) en el derecho americano⁴. Hay en esta segunda parte de *FVW* un notable trabajo que evidencia el modo en el cual las reglas (F) afectan el criterio de Pareto y el trabajo constituye –creo– un interesante aporte para un análisis de las consecuencias de las doctrinas legales con independencia de las pretensiones filosóficas del trabajo, aún cuando ambos están relacionados: mientras el primer argumento ofrece el marco teórico, la segunda constituye un examen de los altos costos que “la justicia” tiene en materia de utilidad respecto de aplicaciones concretas de (F) en el Derecho Americano.

El tercer argumento, que estimo potencialmente interesante (quizás desaprovechado por los autores) tiene claras reminiscencias humeanas: supone una explicación evolutiva causal de las (F) como instrumentos para la mayor la utilidad de lo que se sigue –según los autores– que las mismas no tienen valor alguno independiente del bienestar. En otros términos que

daños ocasionados”, etc. Una TD puede incluir, desde diversos marcos teóricos, reglas (F) muy similares. No estoy muy seguro que la distinción tenga validez (y no quiero examinar el punto ahora), pero al ambigüedad de los autores respecto de simples reglas como “reparar el daño” y marcos teóricos más generales, me obliga a tal distinción. Supongo –o así lo asumo a los fines del trabajo– que una TD contiene y otorga una explicación más general respecto de reglas del tipo (F).

³ De ese modo un óptimo de Pareto queda configurado cuando no hay ningún estado que sea Pareto superior, lo cual indica que cualquier otra posible distribución implica al menos alguien que disminuye su utilidad.

⁴ Creo que el ejemplo que sigue ilustra el espíritu de esta segunda y más extensa parte del libro: “Suppose that an analyst wishes to compare a regime of negligence-based liability for automobile accidents with a pure non-fault insurance regime. Initially, the analyst would engage in positive analysis, which involves identifying differences in the effects of the regimes. (...) Thus, the analyst would examine the influence of liability on driving behavior, taking into account that liability creates incentives to drive safely, that these incentives are mitigated by driver’s ownership of liability insurance, and other factors. (...). After identifying the various effects of the two regimes on individual’s well-being, the analyst employing welfare economics would combine them to make an overall evaluation of the regimes. (...). Under welfare economics, the analyst would consider these and other factors relevant to individual’s well-beings, but the analyst would not take into account factors that do not bear on individual’s well-being, notably, whether liability under the negligence rule is required by corrective justice or other notions of fairness that some would accord independent significance. *FVW*, op.cit. p. 17. Luego utilizo un ejemplo similar para ilustrar la falta de atractivo del planteo de K & S en el argumento “formal” y central.

las nociones (F) se desarrollan en tanto permiten una mayor utilidad y que una vez que – gracias a K & S- sabemos esto, no tiene sentido insistir en nociones (F) sino que se hace conveniente perseguir de modo directo el bienestar o la utilidad.

De modo más preciso, los autores creen que las nociones de justicia (F) están ligadas a las normas sociales que han evolucionado con el tiempo en tanto su capacidad para incrementar la utilidad o bienestar de las personas; en tanto son generales evitan discrecionalidad en su aplicación en la mayoría de los casos, son conocidas y públicas, constituyen *medios* para incrementar el bienestar o la utilidad social. Si esto es así, concluyen, no tiene sentido utilizar aquellas nociones (F) que no incrementen la utilidad, de modo que, sugieren, son finalmente consideraciones de bienestar en las personas los criterios finales respecto de los cuales se deben tomar las decisiones sociales y jurídicas. No voy a ingresar al análisis de este argumento (requeriría otro trabajo), pero la tesis no es simple, y hay otras explicaciones posibles. Quizás, por ejemplo –como sugiere Dworkin- diseñamos nuestras metas y fines valiosos respecto de valores y nociones de justicia previas, de modo tal que las nociones (F) podrían ser críticos y anteriores respecto de las nociones que manejamos de utilidad⁵.

Finalmente un cuarto argumento más general destaca los conocidos problemas de la argumentación moral en el ámbito de las TD. Para los autores están explicaciones son contradictorias, indeterminadas, laxas, faltas de racionalidad, en suma, poco consistentes. Curiosamente, sin embargo, no se ocupan de examinar, con igual profundidad, los conocidos problemas que exhibe el utilitarismo⁶.

En este trabajo voy a examinar el más polémico, central, y debatido primer argumento que ofrecen estos autores, es decir el argumento “paretiano”, que Chang a denominado *The Impossibility of a Fair Paretian*, tanto respecto de su plausibilidad moral como respecto de su consistencia. Es decir me voy a ocupar, *exclusivamente*, del argumento (1).

Respecto de la plausibilidad moral del argumento voy a sugerir inicialmente que el argumento está mal formulado y voy a proponer una versión del mismo que personalmente

⁵ Este argumento es de Dworkin: ‘Perhaps men and women choose collective goals to accommodate some prior sense of individual rights, rather than delineating rights according to collective goals’. Véase, respecto de este tema –de donde tomo la cita-, Kimberly Kessler Ferzan, ‘Some Sound and Fury from Kaplow and Shavell’, *23 Law and Philosophy*, 2004, p. 73. En cuanto a la cita, véase p. 94. Para un tratamiento interesante del tema en general y de este argumento en particular, Jules L. Coleman, ‘Book Review: The Grounds of Welfare: Fairness vs. Welfare’, *112 Yale L.J* 1511, 2003, p. 1519. El autor destaca algunas inconsistencias y problemas de este argumento de K & S, que no puedo examinar ahora.

⁶ Sin embargo cualquier persona más o menos familiarizada con el debate moral debe saber que algo similar ocurre con el tipo de razonamiento consecuencialista que utiliza el utilitarismo. Los autores, curiosamente, no se ocupan de una respuesta a las tradicionales críticas al utilitarismo, como exige cierta elemental imparcialidad en el examen de teorías contrapuestas. De hecho, salvo algunas muy generales consideraciones sobre el final de *FVW*, no lo hacen respecto de su particular versión fundada en la Economía del Bienestar.

considero potencialmente más atractivo. Voy a sugerir que K & S deberían quizás apoyar su argumento no sólo en el problema de la disminución de utilidad sino también en un argumento fundado en la autonomía. En concreto: que cuando las TD violentan el criterio de eficiencia de Pareto no sólo afectan la utilidad de la gente sino también la autonomía de las personas.

Luego, en tanto la naturaleza evidentemente tautológica y trivial del argumento de K & S, voy a intentar dotar al argumento de algún contenido algo más sustantivo y examinar el modo en el cual éste puede ser utilizado contra las TD.

Finalmente, una vez definido el modo en el cual una TD puede violar la regla de Pareto, voy a intentar una respuesta ‘libertaria’ al argumento de K & S. De modo más concreto, voy a sugerir que la regla de adquisición de derechos de una teoría de los derechos del tipo ‘Locke – Nozick’, aún cuando difiere de la regla de Pareto, tiene muchos atractivos tanto de la eficiencia como desde la autonomía. De hecho, voy a sugerir que el tipo de regla de adjudicación que opera en este tipo de teorías bien podría ser caracterizada como una atractiva versión no instrumental de Kaldor Hicks⁷.

Si estos argumentos son admitidos al menos en parte importante, entonces, no queda muy claro cual es el atractivo del argumento de K & S, al menos respecto de las teorías libertarias en la versión examinada⁸.

⁷ Debe quedar claro que no voy a intentar una crítica general a Pareto. Sobre esto hay mucha bibliografía y algunas de las objeciones son por demás conocidas. Solo me interesa la regla de Pareto en función del argumento de K & S (y no su plausibilidad moral y otros usos posibles en teoría moral o política, como por ejemplo Narveson, Buchanan o Gauthier, solo citar a los algunos de los más conocidos y polémicos). Desde luego tampoco estoy dispuesto negar que la regla de la eficiencia de Pareto tenga atractivo alguno.

⁸ No me interesa ahora una refutación a todos los argumentos de K & S, como tampoco un examen bibliográfico de los problemas que enfrenta el argumento (1). Expresamente, de hecho, voy a dejar de lado muchos argumentos conocidos para refutar o poner en problemas a este argumento. Sin embargo tomo algunos de los que me parecen más relevantes y que son muy destacados en la literatura. Véase al respecto, Howard F. Chang, “A Liberal Theory of Social Welfare: Fairness, Utility, and the Pareto Principle”, *110 Yale L. J.* 173, 2000; Richard Cranswell, “Kaplow and Shavell on the Substance of Fairness”, *32 J. Legal Stud.* 245, 2003; Jules L. Coleman, “The Grounds of Welfare: Fairness vs. Welfare”, *112 Yale L. J.* 1511, 2002; Ward Farnsworth, “The Taste for Fairness vs. Welfare”, *102 Colum. L. Rev.* 1992, 2002; David A. Hoffman and Michael P. O’Shea, “Can Law and Economics be both Practical and Principled?”, *Alabama Law Review*, 2002; Richard H. Fallon, “Should We All Be Welfare Economists?”, *101 Mich.L. Rev.* 979, 2003, Lewis A. Kornhauser, “Preference, and Morality in Social Decisions”, *32 J. Legal Stud.* 303, 2003, entre otros.

II- El Argumento Central de Kaplow & Shavell.

Una de las tesis centrales del libro (*FVW*) y otros artículos en igual dirección, postula que las decisiones en materia legal deben tomarse únicamente en consideración de sus consecuencias en el bienestar de los individuos. El argumento central sugiere que la aplicación de cualquier TD violenta el criterio de eficiencia de Pareto de modo tal que reduce la utilidad de los individuos desde la óptica de sus propias preferencias⁹.

El argumento general de estos autores, puede considerarse como una reedición más de la tradicional polémica entre una ética de las consecuencias y una ética de los principios (TD) donde lo correcto tiene prioridad sobre las consecuencias, pero en esta versión de la disputa la ética de las consecuencias queda representada por la Economía del Bienestar¹⁰. Conviene, por lo tanto, identificar con alguna precisión la caracterización que hacen K & S de las teorías contrapuestas¹¹.

⁹ La concepción de bienestar que adoptan, propia a la tradición de la Economía del Bienestar en su formulación más ortodoxa, integra cualquier tipo de preferencia, aún las preferencias por los diferentes criterios normativos y hasta las preferencias (“externas”) referidas a la función de bienestar de los demás. Finamente, puesto en simple, la función social de utilidad surge de la sumatoria de las funciones individuales de utilidad, más allá del tipo de preferencias y una función social de utilidad más alta que otra supone un estado de cosas preferido a otro cuya función social de utilidad sea menor. En suma, la función social de utilidad se construye a través de la sumatoria de las funciones individuales de utilidad que están integradas por la satisfacción de preferencias de cualquier naturaleza, subjetivamente consideradas, incluyendo preferencias externas. ‘Under a welfarist approach to policy assessment, one first determines how a policy affects each individual's well-being and then makes an aggregate (distributive) judgment based exclusively on this information pertaining to individuals' welfare. The conception of individuals' well-being that we consider, in the tradition of welfare economics, is a comprehensive one. It encompasses not only the direct benefits that individuals obtain from the consumption of goods and services, but also individuals' degrees of aesthetic fulfillment, their feelings for others, and anything else that they value. What factors are included in well-being—and with what weight—is understood subjectively, in terms of what actually matters to individuals. An implication of our broad definition is that even tastes for fairness are included: Just as an individual might derive pleasure from art, nature, or fine wine, so might an individual feel better with the knowledge, for example, that vicious criminals receive their just deserts’. ‘Fairness Versus Welfare: Notes of the Pareto Principle, Preferences, and Distributive Justice’, *32 J. L. Studies*, 2003, p.331.

¹⁰ No hay nada mejor que un buen ataque y una respuesta más general a K & S debería integrar los problemas que tiene una versión simple de la Economía del Bienestar respecto del Derecho. Eso es no es muy complejo y hay varios argumentos desarrollados muy a mano. Pero por motivos metodológicos, prefiero, limitarme al argumento de K & S.

¹¹ No voy a utilizar ahora las más elemental caracterización que K & S hacen en su libro *FVW*, sino la que desarrollan más tarde en ‘Fairness Versus Welfare: Notes of the Pareto Principle, Preferences, and Distributive Justice’, *32 J. L. Studies*, 2003, p. 333 – 4. La inicial caracterización de las TD, creo, es muy deficiente y pasa por alto que todas o la mayoría de las TD actualmente incorporan expresamente, generalmente por medio de reglas jerárquicas, alguna regla que permite incorporar utilidad. En Rawls, por ejemplo, satisfecho el principio de la diferencia, no hay obstáculos para que los individuos incorporen lo que el denomina el principio de eficacia y que refiere precisamente a la regla de Pareto. Por otra parte, la definición es tan estrecha que cuesta

Teorías (W) en la concepción se corresponde con la formulación clásica de la Teoría Económica del Bienestar. La regla para la toma de decisiones, breve y simplemente expuesta, sugiere que inicialmente se establece el modo en el cual una política o decisión determinada afecta a cada individuo (las respectivas funciones individuales de utilidad) y luego, sobre la base de esa información (no tan fácil de obtener en la práctica), se otorga preferencia a aquella que tiene mayor utilidad social o que incrementa la función social de utilidad (que surge de la adición de las respectivas funciones individuales de bienestar).

Cabe destacar que en la versión de K & S ingresa cualquier preferencia (con muy pocas excepciones) tales como las “externas” (que refieren a las preferencias de los demás) y hasta las preferencias por las nociones (F). El lector familiarizado con los problemas del utilitarismo, puede imaginarse algunos problemas que se siguen de una concepción tan amplia del bienestar. Si la gente por ejemplo –como se ha afirmado- tiene preferencias muy fuertes por algún conjunto determinado de (F), (W) debería mandar a aplicar (F). Si (F), por ejemplo, asume la forma de una concepción igualitaria en sentido positivo de la moral, entonces, Pareto cede a favor de un igualitarismo de esta naturaleza. Pero no quiero detenerme en este tipo de problemas, ya muy destacados por la literatura¹².

Pero, ¿qué son TD para K & S en el contexto del trabajo? Simplemente las definen en forma negativa: toda teoría de la justicia, de los derechos o nociones de equidad que no toman en cuenta de manera excluyente las consecuencias sobre el bienestar de las personas para la definición de la corrección moral.

De modo más preciso, TD son todas aquellas teorías de la justicia, de los derechos, y conceptos relacionadas que apelan a (F), como la “santidad de los contratos” y que comparten las siguientes características: (a) otorgan a (F) al menos algún peso moral independiente del bienestar individual; (b) el carácter no consecuencialista de los mismos, en el sentido de que otorgan prioridad a una definición de lo correcto respecto de una definición (formal y acumulativa) de los “bueno”. Una regla de este tipo, por ejemplo, debe defender la vigencia de algunos principios o reglas (“la santidad de los contratos”) con independencia de las consecuencias. Por el contrario –expuesto muy simplemente- para un enfoque consecuencialista (como el utilitarismo por ejemplo) la vigencia de una regla de tal tipo probablemente no sea absoluta y en todo caso siempre sería instrumental a las consecuencias que se estiman valiosas. (c) Excluyen aquellas nociones de justicia que son instrumentales al bienestar de las personas, en tanto –dicen- no están interesados en cuestiones de semántica. Respecto de las teorías “mixtas” que integran tanto conceptos de justicia (F) como elementos de (W), afirman, el argumento se aplica respecto de la incidencia de las primeras y no de las segundas.

pensar, aún apelando a la historia de las ideas, alguna TD que sea TD en los términos de los autores. Como se sabe Hart ha considerado que hay incluso en Kant (autor paradigmático de las TD) algún elemento consecuencialista.

¹² Véase, en particular, Ward Farnsworth, “The Taste for Fairness vs. Welfare”, 102 *Colum. Law Review* 1992, 2002.

La tesis fundamental de estos autores es –al menos en apariencia y como se ha señalado– algo tautológica: que cualquier criterio de justicia que no tenga en cuenta el bienestar de la gente en su regla de decisión implica una pérdida de bienestar para algunos y a veces para todos o casi todos los miembros de la comunidad. Es el denominado “argumento de Pareto”: que cualquier TD implica una reducción de la utilidad o bienestar. Puesto en otros términos que cualquier aplicación de un principio de justicia implica un estado de cosas inferior desde el punto de vista de Pareto en tanto hay otra distribución posible que aumenta la “función social del bienestar”.

Se considera que la misma es tautológica en tanto es verdadera por definición y lo mismo puede argumentarse a la inversa: cualquier regla que no tenga en cuenta un criterio de justicia (F) supone una pérdida en términos del criterio de justicia (F), pero de ahí no se sigue que deba elegirse como criterio para las decisiones sociales una regla (F). De modo que el argumento nada dice respecto de la plausibilidad moral de la regla (W)¹³. Como señala Coleman, a fines de sustentar su tesis de modo consistente K & S deben sugerir algo diferente: establecer algún criterio independiente de (F) y (W) que sugiera la superioridad de (W).¹⁴ Afirmar que (W) es superior a (F) en los términos de (W) no parece muy plausible. Y al menos en su libro como en artículos más fundamentales todavía no han ensayado un argumento diferente¹⁵.

Observemos los problemas del argumento más de cerca.

Así enunciado la tesis de K & S no dice demasiado. Después de todo, ¿cuál es el nivel de generalidad del conflicto?, ¿Sugiere que *siempre* una TD que no utilice criterios de bienestar disminuye el bienestar? o ¿Sugiere que *a veces* una TD disminuye el bienestar? Si se sugiere lo primero, el argumento es tautológico o bien imposible. Si sugiere que toda TD en cuanto no incrementa (W) no incrementa (W) el argumento es trivial, evidente y tautológico. Si sugiere que toda TD siempre viola la regla de Pareto (de modo que conduce a un sub óptimo), entonces, el argumento es evidentemente inconsistente: un simple repaso mental de cualquier TD nos permite pensar muchas transacciones posibles que no necesariamente violan la regla de Pareto.

Si sugieren en cambio que una TD *a veces* disminuye la utilidad en tanto no satisface Pareto –como es más probable– la cuestión del *grado* de pérdida de utilidad y la generalidad del conflicto (formalmente considerado) devienen fundamentales. Después de

¹³ Howard F. Chang, denomina al argumento de K & S, “The Impossibility of a Fair Paretian”. Véase, además para una crítica y propuesta de solución al “dilema”, Chang, “A Liberal Theory of Social Welfare: Fairness, Utility, and the Pareto Principle”, 110 *Yale Law Journal* 173, 2000. Chang, como otros autores, creen que es posible una teoría “híbrida” que capture principios de “fairness” y al mismo tiempo supere Pareto, sobre lo cual gira una polémica a la cual no voy a referir en este trabajo.

¹⁴ Jules L. Coleman, “Book Review: The Grounds of Welfare: Fairness vs. Welfare”, 112 *Yale L.J* 1511, 2003, p. 1519. Coleman, como he señalado en el texto, cree que él argumento es tautológico y además mal elaborado. Es muy interesante la crítica que desarrolla respecto del tercer argumento.

¹⁵ Coleman, Id. Idem.

todo una pequeña pérdida de utilidad puede estar compensada por la vigencia de una (F) muy importante para una TD, pero probablemente sostener una TD que condena a todo el mundo a la inanición no sea, al menos a nivel de las intuiciones, muy atractivo (aun cuando siempre constituye –así expuesto– un argumento “externo” a la consistencia de la teoría).

Por otra parte si el grado de conflicto (ahora no ya respecto de la intensidad de la pérdida de utilidad sino de las contradicciones a un nivel formal y más general) es muy menor, tampoco el argumento puede ser plausiblemente expuesto frente a una TD.

¿Cuál es, entonces, el grado de generalidad del argumento?, ¿En que medida se pierde utilidad consecuencia de la aplicación de TD? Desafortunadamente K & S aún cuando han sido explícitos respecto de la generalidad del argumento, no ofrecen un análisis consistente. Más bien estos parecen reforzar la naturaleza tautológica y trivial del argumento.

De la lectura de *FVW* y un trabajo explícito y puntual sobre el tema, surge cierta ambigüedad manifiesta. El argumento más explícito respecto del tema son los análisis de los casos “simétricos” y “no simétricos” que los autores han presentado y que expongo a continuación, en su formulación no formal (que es idéntica a la formal)¹⁶.

El análisis en condiciones “simétricas” es muy simple y para los autores “basta” para probar que (F) confronta con (W): supone que todos están colocados de la misma manera de tal modo que la incidencia respecto del bienestar de una regla es igual para todos los individuos considerados. Un ejemplo claro es el caso de los sistemas de responsabilidad civil. Dicen K & S que si bajo un sistema “A” todos ganan queda en evidencia que todos pierden en el alternativo “B”.

Podemos imaginar –siguiendo un clásico ejemplo– que todos somos peatones-conductores en la misma proporción de modo tal que nuestra utilidad frente a una regla de responsabilidad objetiva y una de negligencia se mantiene igual para todos. De lo contrario a los peatones les conviene la responsabilidad objetiva y a los conductores la de negligencia. Si está última –por hipótesis– supone mayor utilidad que la de responsabilidad objetiva, entonces, se sigue, que ello sucede para todos. Luego si la noción (F) apoya un sistema de responsabilidad de tipo objetiva (como podría hacerlo una TD libertaria fundada en los derechos de propiedad, por ejemplo) deja a todos en una situación “peor” y violenta la regla de Pareto¹⁷.

¹⁶ Refiero ahora al trabajo de K & S, “Notions of Fairness Versus the Pareto Principle: On the Role of Logical Consistency”, *Yale 110, Law Journal*, 2000, p. 237 – 249, donde de modo explícito abordan el análisis de la consistencia y generalidad del argumento (aún cuando también lo hacen de un modo similar en *FVW*).

¹⁷ En general autores libertarios que fundan su defensa del sistema legal en una teoría “dura” de los derechos de propiedad, sugieren una responsabilidad objetiva. Entran en conflicto así con la visión más generalizada sobre el tema en el ámbito del “Derecho y Economía”. La cuestión es clara: con independencia de la mayor o menos eficiencia del sistema de responsabilidad, de una violación de un derecho se sigue una compensación.

Los autores creen que esta demostración tiene fuerza respecto de una muy amplia gama de TD, como la “regla de oro”, el “imperativo categórico” y el tipo de decisiones que tomaríamos detrás de un velo de la ignorancia, en tanto todos ellos deben capturar alguna noción de imparcialidad o igualdad que coloca a los individuos en situaciones simétricas respecto de las reglas¹⁸.

Una regla básica de Kant nos pide por ejemplo que consideremos a los demás como fines en si mismos y no como medios, el concepto de libertad negativa tradicional del liberalismo clásico nos asegura una igualdad formal a través de un sistema de derechos que establece un espacio respecto del cual los demás deben quedar ajenos, y Rawls nos pide imparcialidad. Quizás, entonces, K & S sugieren algo tan cierto como trivial como esto: que cuando la (TD) no elige un (F) “eficiente” dicha regla no es eficiente y no lo es para todos en tanto una TD, en general, pide alguna forma de igualdad ante la ley. En ese caso, el argumento resulta del todo inadmisibles y no examina el problema de la generalidad del argumento sino más bien expone algo elemental, confirmado por el principio de identidad y tercero excluido y que, por definición, queda fuera de discusión.

Este primer argumento, en suma, falla para definir la “generalidad” y contenido del argumento. K & S deben examinar el grado de conflicto entre una DT y Pareto y no si cuando una DT viola Pareto efectivamente lo hace. Y creo que, lamentablemente, el análisis del caso “simétrico” confirma solamente la regla en este último sentido muy trivial. Luego voy a intentar establecer en qué grado opera el argumento en un sentido mas sustantivo. Pero ahora conviene examinar el argumento más complejo de K & S, que lamentablemente, también, fracasa.

¿Qué nos dicen K & S respecto de los más realistas casos asimétricos? Nos piden inicialmente que consideremos cualquier (F), como por ejemplo-sigo en el ejemplo a los autores- la regla que indica que los daños por accidentes deben ser compensados por una cuestión de (F). Luego nos piden que imaginemos dos regímenes, uno que –según cualquier (F)- es “justo” y otros es “injusto” y que en ambos casos la gente está al mismo nivel de utilidad. De modo que mientras “justo” es más justo que “injusto”, ambos mantienen igual nivel de utilidad.

Luego se nos pide que imaginemos un segundo régimen “injusto II” donde el nivel de utilidad respecto de “justo” e “injusto” se incrementa levemente (en el ejemplo, por ahorro de gastos administrativos) cuya diferencia se distribuye a los individuos. Entonces –concluyen- que si (F) tiene algún peso propio, entonces, debemos considerar al régimen “justo” superior al régimen “injusto II” a pesar de que este último es Pareto superior a “justo”.

¹⁸ Véase K & S, “Notions of Fairness Versus the Pareto Principle: On the Role of Logical Consistency”, *Yale 110, Law Journal*, 2000, p. 237 – 249, donde están desarrolladas las dos demostraciones de la generalidad del argumento. También desde luego las demostraciones están en libro. En la nota a (12) se expone la versión formal del ejemplo, que ciertamente no agrega nada, como podrá cómodamente observarse. Hay también en *FVW* una demostración matemática del argumento, pero revela, simplemente, aún con mayor evidencia, la naturaleza tautológica del argumento, pero que no voy a considerar ahora.

¿Pero qué se sigue de todo esto? ¿Han demostrado Kaplow & Shavell o provisto un argumento que al menos sugiera de modo plausible la superioridad moral de (W) sobre cualquier (F)?

Creo que el lector debe coincidir conmigo que la respuesta es negativa¹⁹. Pero si considera que es positiva, entonces, propongo otro ejemplo: supongamos un régimen “mínimo” y “máximo” en utilidad, pero que ambos son igualmente ‘justos’ según una TD. Supongamos ahora que un “mínimo II” que es “más justo” que “mínimo” en tanto incorpora un elemento más de una (F) relevante para TD. Quiere decir que “mínimo II” es más justo que “máximo” a pesar de que “máximo” tiene más utilidad. Y como la justicia se considera desde cualquier TD como la “máxima de las virtudes” entonces, concluyo que TD es superior necesariamente a (W).

Dado que estamos en paridad, ¿cuál es superior (W) o (F) en los términos del argumento de K & S? Simplemente ninguna. De hecho el segundo ejemplo, era simplemente irrelevante en tanto la demostración K & S nada prueba. No sólo no prueba la superioridad moral (un concepto complejo, ciertamente) de (W) sino que tampoco el grado de conflicto, central para valuar el peso del argumento siempre que –desde luego– una TD tenga alguna preocupación por el grado de utilidad que confiere o permite a las personas.

¹⁹ La demostración más formal del argumento solamente colabora a demostrar su naturaleza tautológica, que de hecho, los autores mismos parecen, por momentos, admitir: “Rather than sketch the proof here, we present a heuristic explanation, applicable to asymmetric cases, that we think that better conveys the relevant intuitions. (1) Consider rules X and Y, and suppose that rule X is deemed better under welfare economics but rule Y is deemed better under a notion of fairness. (...). (2) Now, construct a regime X’ with the following characteristics: the overall level of social welfare and the extent of fairness are each the same as under rule X, but the distribution of well-being is the same (...). (3) Next, compare situations X and X’. Even though the distributions are, by construction (step 2) the overall level of social welfare is the same under the two regimes (and also, by construction, the extent of fairness is the same). If, for example, equality is greater under X’ than under X, we would suppose that average incomes are lower under X’. The Point is that, *whatever distributive judgment the analyst thinks appropriate*, it will be true by definition that, if one undertakes the above construction, the proper evaluation will rate X and X’ equally, for social welfare (as defined by welfare economics) and the level of fairness are each the same in both situations. (4) Finally, compare situations X’ and Y. We know that the level of social welfare is higher under X’ than under Y. (...). But because, in step 2, we constructed X’ to have the same distribution as Y, it must necessarily be the case that everyone is better off under X’ than under Y’. (if total social welfare is greater under X’ than under Y and the distribution of well-beings is the same under both, it must be that every individual has a higher level of well-being under X’”. p.53. El razonamiento, sin embargo, no hace más que poner de manifiesto nuevamente el carácter evidentemente tautológico del razonamiento de los autores: es posible construir un ejemplo a la inversa por la cual una regla Y deriva en una regla Y’ donde el bienestar ha aumentado a un nivel igual al de X, y donde necesariamente la regla Y’ aparece como mejor (solo si suponemos que la justicia de Y es valiosa) que X inicial. Después de todo Y’ incorpora el grado de bienestar que estaba presente en X. Kaplow & Shavell, *FVW*, Harvard University Press, 2002, p. 52.

¿Pero a que nos lleva todo esto? Creo que a algo tan trivial como la siguiente proposición: “que un estado de cosas cualquiera que no maximiza utilidad, no maximiza utilidad”. Por eso el argumento es tautológico y trivial.

El argumento podría mejorarse, desde luego, pero dejen esto para más adelante. Todavía me interesa indagar en la consistencia del mismo respecto de la discusión moral que los autores intentan. Y surge otro interrogante: ¿cuan plausible, respecto de una TD, es sugerir que pierde en utilidad? Depende, desde luego, de cómo se defina una TD. Si la TD –y a veces, sobre todo en *FVW*, K & S parecen sugerir esto- como teoría que otorga exclusivamente peso a (F) sin consideración de la utilidad la respuesta es evidente: ninguna.

Si una TD queda definida como una teoría que no otorga peso a la utilidad (como sugieren en *FVW*), entonces, el argumento de la menor utilidad es necesariamente irrelevante, puesto que se ha definido a las TD de esa forma (y no porque la utilidad no sea normalmente relevante o no pueda serlo).

Pero K & S podrían querer sugerir algo más interesante y plausible: que una DT puede tener interés en integrar algún grado de (W). De hecho en algún sentido K & S reconocen cierta circularidad en el razonamiento, pero afirmar que el problema de la pérdida de utilidad que supone (F) no ha sido debidamente tenida en cuenta (lo cual puede ser cierto, al menos creo en ámbitos del derecho continental). Quizás los cultores de las TD han sido algo ingenuos respecto de las consecuencias y el argumento de K & S sirve como un recordatorio de los “costos de la moralidad”. Quizás, después de todo, una TD puede estar interesada en incorporar algún grado de utilidad²⁰.

Si (F) o mejor una TD quiere incorporar (W) –como es previsible- entonces, el argumento gana algo de fuerza, pero todavía deberíamos –para evaluar el argumento- determinar el *grado* de utilidad que se pierde consecuencia de la aplicación de una DT determinada y el argumento de K & S no puede determinar cuanta utilidad es la que se pierde.

Una personas con convicciones del tipo (F), aún admitiendo que le importa la utilidad podría argumentar de modo plausible lo siguiente: “con independencia de la utilidad que la gente sienta por (F), si la pérdida en utilidad es muy baja (apenas un movimiento sudoeste del eje) y el principio en (F) es muy fuerte o fundamental para el sistema, quizás (F) tenga más sentido que (W)”. Es muy fácil construir un ejemplo donde la pérdida de utilidad es muy baja y sin embargo para evitarla debemos incurrir en la violación de una regla (F) que nos resulta intuitivamente plausible. En parte, ese tipo de contra fácticos son muy frecuentes respecto del utilitarismo²¹.

²⁰ En esta instancia, no estoy muy seguro de ser fiel al argumento de K & S. Pero es una opción quizás valida y podría darse esta lectura al argumento. Después de todo a veces no interesa tanto como ha sido expuesto un argumento sino las posibilidades del mismo. Eso es lo que intento de aquí en más.

²¹ Violar la autonomía de una persona de modo severo, digamos –para dar un ejemplo conocido- amputándole un dedo para que otras 3.000.000.000 personas no tengan un dolor de cabeza agudo durante dos horas. Aún suponiendo que contamos con un aparato para medir la utilidad, ¿aceptaríamos la amputación del dedo *de* Pedro para liberar al resto del mundo de un dolor de

Pero además, un teórico comprometido con alguna versión de TD podría argumentar que cuando pierde en utilidad gana en justicia, un valor –en ese marco- considerado prioritario. Podría afirmar además que (W) gana en (W) cuando pierde en (F), como el ejemplo que hemos construido y que por lo tanto (W) debe desecharse. Pero ese argumento, estaría también mal construido.

Puesto en simple K & S deben determinar –y no lo hacen- no sólo el nivel de generalidad del conflicto de entre (F) y (W) sino además el grado del conflicto, la magnitud en la pérdida de utilidad. Y no creo que esto sea muy simple de establecer de modo general, sin considerar una TD en particular.

Pero como es fácil advertir hay definitivamente algo no muy parcial en la estructura del argumento. No tiene mucho sentido afirmar que voy a comparar las peras con las manzanas desde el punto de vista de la cual tiene más gusto a pera. Y ese es precisamente el argumento de K & S: cuando comemos manzanas no comemos peras. K & S necesitan una regla externa a la pera y a la manzana para comparar ambas.

Intentemos, sin embargo, dar un paso más en la reconstrucción de un posible argumento. ¿Hay algún otro disponible que sea más plausible, en particular, capaz de establecer una tercera regla, valor o principio respecto del cual comparar la plausibilidad (aunque sea parcial) de (W) y de (F)?

Creo que disponen del siguiente. K & S tienen disponible otro argumento y que implica una tercera regla para evaluar la plausibilidad moral de las consecuencias (así entendida) respecto de las TD. Y que se trata de una regla que emerge de la propia estructura de la regla de Pareto (de otro modo sería algo arbitraria) y que al mismo tiempo puede ser intrínsecamente relevante para muchas formas de TD, al menos en algún grado.

Creo que el argumento de K & S tiene implicancias para cualquier TD siempre que esta pretenda (a) incorporar eficiencia en el sentido de Pareto o bien (b) sostenga algún compromiso con la autonomía de las personas. Creo –como voy a argumentar seguidamente- que (b) es una estrategia también válida para el argumento de K & S.

Y es el siguiente: K & S pueden argumentar que las TD cuando imponen ‘Z’ (un estado de menor utilidad) a los individuos violentan su autonomía. Puesto en otros términos: K & S pueden argumentar que toda TD (a) disminuye la utilidad y que en tanto la utilidad opera de modo ordinal y sobre la base de elecciones hipotéticas de la gente reveladas en la propia también hipotética elección, (b) no permite a los individuos el ejercicio de su autonomía en la elección de las reglas que gobiernan sus planes de vida. Cuando las TD violan Pareto violan también, en suma, los planes de vida de la gente. Las TD, asume este argumento, no solo afecta el nivel de utilidad (algo que podría ser perfectamente irrelevante para las TD) sino que además cuando afecta las elecciones de la gente afecta la autonomía, un valor o

cabezas? Nótese que en el ejemplo, conocido y expuesto por la literatura, de hecho no he elegido una pérdida menor y trivial de utilidad, frente al cual la posición de una DT sería todavía mucho más fácil de defender al nivel de las intuiciones.

principio que está implicado en Pareto y probablemente en cualquier TD admisible, al menos en algún grado.

Si se sigue este argumento se genera la tercera regla que sugiere Coleman y respecto de un elemento relevante y compartido, al menos en cierto grado, por buena parte de las TD. Este argumento, además, no tiene el problema de medir el “grado” de la pérdida de la autonomía (aún cuando sí la generalidad) en tanto la autonomía no es un concepto, en principio, capaz de ser agregada²².

Si “A” y “B” prefieren el estado de cosas “X” al estado de cosas “Z”, un movimiento Pareto preferido “débil”, y un criterio de “justicia” les coloca en “Z”, no sólo se está violando un principio de eficiencia (o de mayor utilidad) sino también la autonomía de las personas. Si “X” es superior en términos de Pareto al estado anterior “Z” ello implica que al menos alguno está de acuerdo en que “X” es superior a “Z” y que nadie opina que “Z” es superior a “X”, en suma, hay muchos argumentos que hacen admisible “X” a “Z”: desde argumentos que van desde la autonomía, la utilidad y hasta una versión democrática o sociológica de la moral, entre otras posibles que no voy a explorar. El argumento de K & S admite, también, la tesis de que cuando las TD violan Pareto afectan el principio de la autonomía de las personas²³. Las TD obliga a la gente, contra su voluntad, a permanecer en estados por definición no preferidos que *además* disminuye el bienestar (en la concepción de W). La introducción del argumento de la autonomía puede implicar, respecto de una TD y según su estructura, no sólo un argumento externo (en tanto W no se funda, en los términos de K & S en la autonomía) para evaluar de modo más imparcial ambas al mismo tiempo que puede comprometer a una TD si esta, como sucede en general, concede algún valor a la autonomía.

Probablemente el argumento de la autonomía no sea, sin embargo, un avance importante respecto de su versión original fundada en la utilidad: muchas TD y hasta fuertes intuiciones morales sugieren algunos límites a la autonomía de la voluntad, como por ejemplo, las clásicas (pero no unánimes ni necesarias a nivel conceptual) restricciones libertarias a la esclavitud. Será una cuestión de grados. Pero si el argumento de K & S es tan general como suponen (y algo menos tautológico), entonces, la autonomía podría quedar comprometida: una TD debe explicar porque un grupo de individuos (quien aplica

²² Digo “en principio”, porque la defensa de la autonomía se puede intentar desde una estructura consecuencialista: privilegiar aquellas reglas que maximicen la autonomía.

²³ Sin embargo –cómo se ha señalado- el argumento de K & S se orienta de manera excluyente a la pérdida de utilidad que significa la aplicación de los criterios (F): ‘Our argument for basing the evaluation of legal rules entirely on welfare economics, giving no weight to notions of fairness, derives from the fundamental characteristic of fairness based assessment: Such assessment does not depend exclusively on the effects legal rules on individual’s well-being. As a consequence, satisfying notions of fairness can make individuals worse off, that is, reduce social welfare. Furthermore, individuals will be made worse off overall whenever considerations of fairness leads to the choice of a regime different from which would be adopted under welfare economics, because, by definition, the two approaches conflict when a regime with greater overall well-being is rejected on grounds of welfare’. *FVW*.

la justicia) debe impedir a alguna persona cualquiera o grupo de ellas que *prefieren* un estado “X” a mantenerse en “Z” contra su voluntad. El caso puede ser presentado de manera más general: si todos los miembros del grupo relevante a una decisión *prefieren* X, ¿por qué obligar a estos a permanecer en Z? Si el conflicto es muy general entonces el problema puede ser grave para muchas formas de TD, no solo desde el punto de vista de la utilidad sino además desde el punto de vista de la autonomía.

Soy consciente que el argumento tiene otros problemas: depende no solo del grado en el cual las DT violan el principio de la eficiencia (algo que la proposición de K & S no nos permite conocer) y el peso que la autonomía tiene respecto de la TD en cuestión. Y una TD que otorgue espacio importante a la autonomía, se supone, debería permitir en mucho mayor grado que otras que no lo hacen (supongamos por perfeccionismo) la elección de las reglas. Una TD puede además adoptar reglas jerárquicas que otorguen algún espacio a la utilidad. Esa regla puede permitir la eficiencia y al mismo tiempo la autonomía, y cuando no lo hace (porque otorga un peso jerárquico superior a una regla (F), como es previsible- juzgar que hay motivos de justicia para ello, por ejemplo, por motivos de imparcialidad reconstruidos por medio de elecciones tras un velo de ignorancia (para apelar a un ejemplo muy conocido).

Sin embargo, con independencia de los problemas en el argumento de K & S, éste podría tener implicancias para cualquier TD siempre que esta pretenda (a) incorporar eficiencia o bien (b) sostenga algún compromiso con la autonomía de las personas. Al menos a nivel de las intuiciones una TD podría tener interés en incorporar utilidad y autonomía. Pero tanto el argumento de la menor utilidad y autonomía dependen del *grado de conflicto* y ello requiere –algo que K & S no han hecho- un examen algo más sustantivo del problema. Al menos una descripción de los modos en los cuales una TD viola la regla de Pareto.

Esto es lo que voy a intentar –solamente en términos muy generales- en lo que sigue, para evaluar en que grado y bajo que formas la utilidad y la autonomía podrían quizás quedar comprometidas en una TD, de los cual depende la plausibilidad de cualquier versión del argumento de K & S. Finalmente voy a analizar el problema –también de modo muy general y en sus aspectos fundamentales- en una teoría de los derechos libertaria que luego voy a especificar.

III- Un simple análisis en equilibrio: intentando dar contenido a la proposición de K & S.

Resulta extraño que K & S no hayan apelando al mercado en equilibrio a los fines de dotar de argumentos mas sustantivos a su proposición, en tanto constituye el escenario donde la regla de la eficiencia (en la versión examinada) opera plenamente. No voy a insistir ahora con las conocidas condiciones y propiedades de un mercado en equilibrio. Pero en esa “zona franca moral” (como afirma Gauthier), cada cual persigue su propio interés que –en tanto la ausencia de costos y beneficios externos no compensados- converge con el interés de los demás. Cada transacción de mercado en estas condiciones supone una mejora de Pareto y una vez que –dadas las extremadamente idealizadas condiciones del

modelo de competencia perfecta- se agotan las transacciones posibles, se verifica el óptimo: un estado de cosas donde no hay ninguna distribución alternativa posible donde la utilidad de alguno pueda ser incrementada sin al mismo tiempo disminuir la utilidad de otro agente de mercado²⁴.

No quiero profundizar este tema ahora, pero una explicación simple del primer teorema de la Economía del Bienestar (la relación necesaria entre un equilibrio de mercado y el óptimo de Pareto) puede adoptar la siguiente forma: en el punto de equilibrio tanto el precio, la utilidad marginal y el costo marginal se igualan. Si se intercambia menos que en el punto de equilibrio todavía quedan intercambios provechosos en tanto el costo marginal de la unidad es menor que la utilidad marginal. Si la utilidad es menor que el costo, puesto en simple, todavía es posible una mejora de Pareto moviéndose al punto de equilibrio. Si por el contrario se intercambian mayores cantidades que en el punto de equilibrio, el costo marginal de la unidad es superior a la utilidad. Sólo en el punto de equilibrio se verifica el óptimo de Pareto²⁵.

²⁴ El modelo de competencia perfecta supone una versión formal, matemática y más sofisticada (por algunos cuestionada) del principio básico de la economía anunciado por Adam Smith para quien cada cual persiguiendo su propio provecho e interés, guiado por el sistema de precios, contribuía sin que fuese su propósito, al mayor bienestar de los demás. O más bien, en su versión normativa, un estipulación de las condiciones en las cuales el interés individual y colectivo convergen.. El modelo supone (a fines analíticos) **(a)** homogeneidad de los bienes y servicios, **(b)** que tanto oferentes como demandantes están incapacitados para influenciar al menos individualmente en los precios (son “tomadores” de precios), **(c)** información por parte de los agentes del mercado de los elementos relevantes del mercado, **(d)** y capacidad de salida e ingreso del mismo (siempre que nos limitemos a los supuestos más explícitos). Cada empresa, como cada consumidor, en suma, está plenamente informado de los precios y cantidades al mismo tiempo que no tiene restricciones de ingreso ni de egreso del mercado a la vez que el tipo de elasticidad permite que cada productor pueda vender la cantidad que desee al precio de mercado. Desde el punto de vista institucional, una implicancia importante es que **(e)** el modelo supone propiedad privada de los recursos como elemento exógeno al modelo condición que pocas veces se da en la realidad, en tanto como vamos a ver la propiedad privada de los bienes –o cualquier otro tipo de propiedad, por sus costos, nunca ocurre necesariamente en forma pura: siempre habrá algún nivel de efectos positivos o negativos sobre terceros que no es eficiente integrar al dominio privado por medio de derechos de propiedad. Igualmente, el modelo supone **(f)** que no hay costos de transacción, es decir, que las transacciones de mercado –o los mercados- no tienen costos. La introducción, precisamente, de los costos de transacción es el elemento esencial de la economía aplicada al derecho. Cuando estas condiciones se cumplen, el modelo supone que el mercado está (o termina) en equilibrio y se maximizan tanto los beneficios como la utilidad de todos los oferentes y demandantes, en tanto, han practicado todos los intercambios beneficiosos posibles y se cumple el óptimo de Pareto.

²⁵ Relación que no opera, desafortunadamente para la Economía del Bienestar, a la inversa: mientras todo equilibrio de mercado es un óptimo de Pareto, no todo óptimo de Pareto es un equilibrio de mercado. La correlatividad entre el equilibrio de mercado y la optimalidad en el sentido de Pareto constituye la base de la economía del bienestar. Según Little, “The jewel in the crown of theoretical welfare economics is that a competitive equilibrium is Pareto optimal. En *Ethics, Economics & Politics*, Cambridge University Press, p. 20. La explicación que sigue es muy conocida y puede encontrarse casi en cualquier libro sobre economía del bienestar. Véase, por ejemplo, Daniel M. Asuman y Michael McPherson, *Economic Analysis and Moral Philosophy*,

En tanto el modelo supone ausencia de costos de transacción, siempre que demos por verdadero el Teorema de Coase, no hay costos ni beneficios externos no compensados de manera tal que cada convenio incrementa la utilidad de cada participante del mercado. Cada participante, además, ejercita, en estas condiciones muy idealizadas, plenamente su autonomía, sin afectar el nivel de utilidad de los demás. “A” intercambia con “B” y “C” con “D” y en tanto el costo privado con el social se igualan, todos los intercambios satisfacen Pareto hasta que se arriba al punto de equilibrio de mercado donde se satisface el óptimo.

Este es el dominio natural de la regla de la eficiencia en la versión que la presentan K & S. Aquí (W) es maximizada y la autonomía también. Desde el punto de vista moral el tipo de relaciones entre los agentes de mercado es similar –como la ha destacado Gauthier- al ejemplo de Nozick donde cada cual se supone en su propia isla, comerciando e intercambiando con los demás, donde el valor de la autonomía y la utilidad es maximizado²⁶. Cada cual maximiza su autonomía y su utilidad en tanto en este escenario analítico no hay estado superior alguno, ni tipo de intercambio alternativo, que permita maximizar la utilidad, *dada* la disposición originaria de las dotaciones con las cuales los actores ingresan al mercado²⁷.

Pero supongamos que en esta instancia quiero aplicar una TD. Sucede que –como efectivamente afirman K & S de manera trivial- necesariamente voy a afectar tanto la utilidad como (en la versión que sugiero) la autonomía de los agentes del mercado. Queda evidente que en este escenario solo una regla del tipo Pareto satisface el tipo de intercambios –en esencia libre y sin costos externos- que nos pide el modelo.

Pero hasta aquí no hemos dicho mucho más que K & S, de modo que es conveniente al menos establecer de que modo una TD puede afectar la regla de Pareto en estas condiciones. Creo que el modelo propuesto permite extraer reglas muy generales para

op.cit. p. 43 y ss. En castellano, véase, Germán Coloma, *Análisis Económico del Derecho*, Ciudad Argentina, 2001, p.30-31.

²⁶ Véase *La Moral por Acuerdo*, op.cit., Cap. IV donde desarrolla el argumento de que el equilibrio de mercado es una zona franca moral. Ilustrativo es el siguiente pasaje: ‘El efecto del mercado perfectamente competitivo es asegurar, en el nivel interpersonal, la misma libertad de la que goza Robinson Crusoe en su soledad y al mismo tiempo hacer posible la cantidad enormemente ampliada de los beneficios que brindan el intercambio y la división del trabajo’. P. 129.

²⁷ Todo un problema que no voy a considerar ahora. Ningún criterio de eficiencia utilizado en Economía del Bienestar, ni conceptos derivados como el Teorema de Coase permiten asignar derechos iniciales de propiedad. Es decir aquellos con los cuales los individuos ingresan al mercado. Véase mi trabajo, ‘Derechos Iniciales de Propiedad y Eficiencia Económica: un problema para el Análisis Económico del Derecho Normativo’ en *Opinión Jurídica n° 7*, Universidad de Medellín, Colombia, 2005.

precisar al menos de que modo y partir de allí con que grado de generalidad una TD cualquiera rivaliza con la regla de Pareto.

En este escenario en el cual –siguiendo a Gauthier- podemos imaginar a cada individuo en una isla comerciando con otros en otras islas –donde no operan costos ni beneficios externos- hay, por lo menos, dos modos por medio de los cuales una TD puede afectar la utilidad y la autonomía en tanto una violación a la regla de Pareto²⁸: (a) por medio de prohibiciones a los intercambios y (b) por medio de la imposición de costos y beneficios externos a los agentes de mercado. Y en general las TD –tanto como las (W), dicho sea de paso- impiden convenios al mismo tiempo que, en muchas variantes, imponen costos y beneficios externos, es decir, transferencias que no son derivadas de intercambios, como por ejemplo el principio de diferencia de Rawls donde una clase de individuos (los menos favorecidos) deben ser beneficiados con independencia de los intercambios, al menos en sus expectativas.

Una vez que tenemos a mano un marco teórico podemos evaluar, de modo más sustantivo, el modo y grado en el cual una TD puede ingresar en conflictos con la regla de Pareto y precisar así el modo en el cual una TD queda expuesta a la objeción de K & S (con independencia del problema que ello signifique para la plausibilidad moral de la teoría). Siempre en los límites de este muy simple escenario, será según el grado en el cual una TD tienda a prohibir convenios y el grado en el cual establezca intercambios no compensados, la medida en la cual se puede establecer, de manera más precisa, el conflicto con Pareto.

Pero conviene examinar, aunque sea de modo muy general, al menos dos estrategias muy evidentes a las que puede echar mano una TD para evitar el conflicto. Una que es evidente y otra que ha sido ensayada.

Quizás una primera forma (que estimo equivocada) de intentar evitar el problema consiste en suponer que la TD define en forma inicial los derechos que luego se intercambian y que esta inicial definición de derechos establece la forma posible de los intercambios y luego el problema de la eficiencia se resuelve a través de los derechos así definidos y por medio de transacciones libres y voluntarias²⁹. Se podría sugerir que una TD, por ejemplo, reconoce como derechos iniciales de propiedad la facultad de excluir sobre los recursos “A”, “B”, “C”, “D”, los cuales pueden ser transferidos bajo las condiciones generales “X”, “W” y “Z”. De ese modo excluye derechos sobre determinados recursos y formas de intercambio posibles.

Pero es una manera falaz de resolver el problema: no importa la definición normativa que una TD haga respecto de un derecho inicial respecto de su contenido siempre en referencia a los posteriores intercambios: cualquier bien que tenga utilidad marginal (con independencia de definiciones) es pasible de intercambios. Si una transferencia sobre el

²⁸ Se entiende que estoy considerando un mercado hacia el equilibrio y no uno que esta en equilibrio. En este último caso no hay transacciones ni TD que aplicar.

²⁹ Cuando refiero a derechos de propiedad –un concepto evidentemente normativo y como tal complejo- aquí lo hago en el sentido económico: capacidad de exclusión e intercambio.

bien ‘G’ está prohibida por la TD, esa regla viola en la práctica la regla de Pareto, siempre que ‘G’ tenga utilidad marginal: hay un estado del mundo que es superior (la transferencia de ese bien ‘G’) que la TD no permite.

Si una TD impide intercambiar ‘G’, por ejemplo, se expone (al menos formalmente) a la objeción o argumento de K & S, puesto que ‘G’ tiene utilidad marginal con independencia de la definición de derechos que efectuó la DT. Hay un estado de cosas posible que es superior o preferida en términos de la regla de Pareto.

Lo mismo sucede y por los mismos motivos con la evidente estrategia de establecer un orden jerárquico de principios que dispone que una vez satisfecho alguno o algunos de ellos opera otro (de nivel más bajo) que permite mayor utilidad. Si cualquiera de esos principios de orden superior afecta intercambios o imponen costos y beneficios externos no compensados, violan la regla de Pareto y por lo tanto se exponen al argumento de la menor utilidad y la autonomía. Sólo una teoría en capacidad de establecer estos primeros principios respecto de ‘bienes’ que no tienen utilidad marginal y precios –lo que no veo posible en principio- podría evitar la objeción.

Sin embargo, cualquiera de estas estrategias implican la introducción de cierta utilidad en el sistema y –según sus características- quizás una gama amplia de movimientos Pareto preferidos que limitan o pueden limitar la objeción de K & S.

Otra estrategia –que ha sido específicamente ensayada contra el argumento de K & S- sugiere algo poco plausible y opera a la inversa de la examinada con anterioridad: que la TD establezca los derechos iniciales –los puntos de partida- que pueden ser intercambiados y que la misma ceda frente a la eficiencia cuando hay conflictos entre ambos. Eso implica finalmente, como puede advertirse, simplemente que la TD cede a la eficiencia, en todos los casos en los cuales no es eficiente, de manera que en la práctica la TD manda a aplicar Pareto.

En este sentido, Chang y Cranswell sugieren que para evitar la objeción de K & S, una TD podría adoptar una formulación como la que sigue: una regla (1) que mande a aplicar una regla (F) *sí y solo sí* no genera situaciones inferiores en términos de Pareto, en cuyo caso opera una regla (2) que ordena aplicar Pareto. Un sistema donde los derechos sean renunciables de modo que estos operando en (1) sean puntos de partida eventuales para la aplicación de (2). En suma, una teoría donde hay diversos principios ordenados y donde el sistema manda a aplicar Pareto cuando hay situaciones no óptimas derivadas del tipo de intercambios que inicialmente determina una TD.

Sin embargo, si la regla (1) implica algún tipo de (F) que impide ciertos tipos de convenios no lograría superar la regla, como es evidente. De hecho considerada en esta instancia la regla (F) debería ser idéntica a Pareto: simplemente permitir todos los convenios. De modo que en la práctica, aplican Pareto y la regla (F) que manda aplicar (1) simplemente dispone las posiciones iniciales para los intercambios. DT, en ese caso, con independencia de cuestiones semánticas, *es* Pareto.

Algo de esto hay en la respuesta de K & S al argumento de Chang (compartido por Cranswell): en muchos casos simplemente o se aplica Pareto o se aplica la regla (F). Los autores nos piden que nos imaginemos tres posibles regímenes: un primer régimen donde bajo la regla (1) “A” es muy justo, otro “B” donde bajo esa misma regla no es “tan justo” (sigo en esto a los autores) y finalmente uno “C” donde es definitivamente “injusto”. La regla (1) sugiere este ranking: “A”, “B” y “C”. Pero bien podría suceder que bajo el régimen “C” la gente este mejor que en el régimen “A” desde el punto de vista de Pareto. Claramente –dicen los autores, si la regla (1) tiene prioridad, y eso es lo que caracteriza a una regla del tipo TD, entonces, “A” es mejor que “C” aun cuando “C” implique mayor utilidad.³⁰ De otro modo, como en el caso que analizamos antes, la regla simplemente cede a favor de Pareto.

¿Qué sucede a nivel muy general con algunas TD paradigmáticas siempre en las extremadamente idealizadas condiciones del modelo de mercado equilibrio? El Rawls de *A Theory of Justice*, por ejemplo viola –al menos formalmente- el principio de eficiencia – de los dos modos indicados: no solo impide intercambios respecto de bienes que pueden tener utilidad marginal (con independencia de la determinación de los derechos) sino que además su conocido principio de la diferencia impone un costo externo en tanto cualquier beneficio de quienes están mejor situados en la sociedad debe mejorar las expectativas de quienes están (*sea por elección o por lotería natural*) peor situados en la sociedad. Tampoco son posibles los intercambios respecto de la igual libertad y los bienes primarios.

Sucede, fundamentalmente que el principio de diferencia coloca un costo externo sobre los hombros de los contratantes que rompe la regla en tanto demanda un incremento de utilidad o posición para quienes están menos favorecidos. En la practica, sin embargo (no me interesa ahora el extremo empírico de la cuestión) en tanto el mercado y los intercambios generan riqueza (o así lo asumo, ahora) y de ella se sigue el aumento de bienes de capital, la mejoría a quienes están en peor situación puede operar como una consecuencia no querida y no buscada por los operadores de mercado pertenecientes a grupos mas favorecidos y el sistema podría operar permitiendo muchos convenios que favorecen la utilidad general. Posiblemente la teoría económica –hasta donde conozco- apoyaría que al menos en buena medida los intercambios libres y voluntarios y reglas que permiten la acumulación de capital favorecen la posición de aquellos que están peor situados en la sociedad³¹.

Pero al menos formalmente, el principio de diferencia se expone al argumento de K & S de doble manera: no solo impide convenios entre dos individuos (que en este escenario no supone costo externo) sino que además impone un costo externo a los mismos, como condición de un eventual convenio entre dos personas del grupo favorecido y mejor situado. Quizás esto podría hacerse simplemente destinando un % mínimo de la transacción, dejando parte minúscula de excedente a favor de los que menos tienen,

³¹ Véase respecto del tema, Alberto Benegas Lynch (h), *Socialismo de Mercado*, Editorial Ameghino y Fundación Alberdi, 2002, donde desarrolla comentarios económicos respecto del principio de diferencia de Rawls.

digamos, el 0, 00000000000001 %. Esto se podría lograr con un muy pequeño impuesto, ínfimo y casi inexistente al consumo, por ejemplo, pero seguramente ello no estaba en los planes ni en la estrategia del “maximin”³². Pero esto implicaría violar la regla de Pareto.

¿Qué tipo de TD satisface Pareto en estas condiciones ideales? La respuesta es evidente: solo un sistema tan amplio de derechos de propiedad que permita todas las transacciones respecto de cualquier bien que tenga utilidad marginal. Una que debería inclusive admitir válida la esclavitud voluntaria, en tanto ese estado del mundo es superior en términos de Pareto al anterior respecto de los participantes en el contrato. Al menos desde las preferencias de “A” y “B” ambos están mejor que antes y nadie está peor en tanto –dado Coase- se supone que en equilibrio no operan costos ni beneficios externos.

En las muy estilizadas condiciones del mercado de competencia perfecta queda evidente que la tautología de K & S se confirma en tanto cualquier regla normativa o es Pareto o bien la violenta. También que en esas condiciones la gente maximiza tanto su utilidad como su autonomía y que una TD puede violar la regla por medio de dos vías: (a) impidiendo convenios respecto de bienes que tienen utilidad marginal o (b) imponiendo costos o beneficios externos. De modo que cuando una TD ordena (a) o (b) simplemente afecta la utilidad y la autonomía.

Una teoría libertaria –como vamos a ver en el siguiente título- es, fundamentalmente, una teoría que no impide o impide menos que otras, los intercambios voluntarios y al mismo tiempo no impone costos ni beneficios externos sobre las personas. Pero el problema es que el mundo no es uno de costos de transacción iguales a cero, donde hay conocimiento perfecto y donde se registran las condiciones ideales del mercado de competencia perfecta.

De modo que conviene examinar, solo en sus aspectos muy generales y básicos, que sucede respecto de las relaciones de la regla de la eficiencia de Pareto y una teoría libertaria típica en escenarios donde los costos de transacción son positivos, donde la gente se impone costos y donde –entre otras propiedades- el conocimiento no es perfecto.

Debe quedar claro que no me interesa, ahora, la extendida polémica respecto de la utilización del modelo de competencia perfecta a fines normativos, la eventual aceptación de las “fallas de mercado” y su comparación con las “fallas del estado”, sobre la cual gira –de modo fundamental- la aceptabilidad de la ingerencia gubernamental en el mercado y por lo tanto a qué grado de “eficiencia” puede aspirar una teoría libertaria. De hecho, me voy a

³² Rawls podría, para romper el dilema, hacer –siguiendo la estrategia de Chang y Cranswell- estos derechos renunciabiles, pero no sólo lo impiden los límites estipulativos de los “bienes primarios” que expresamente no son intercambiables con los segundos, sino además la naturaleza igualitaria que manda a examinar el bienestar probable de grupos ajenos al directamente implicado en los convenios, en el caso, el grupo que está en peor situación. Sin embargo, en condiciones de cero costos de transacción, ¿podrían los menos aventajados renunciar a sus derechos y bienes primarios? Creo que no. Eso sería imparcial y luego injusto y naturalmente Rawls no puede permitir valores contra la justicia.

limitar, nada más, que a un examen de las relaciones más fundamentales que caben entre una teoría libertaria y la regla de la eficiencia de Pareto, a un nivel muy fundamental.

De hecho, voy a sugerir que aún cuando el tipo de regla que subyace a la misma es diferente a la regla de Pareto, permite incorporar tanto utilidad como autonomía, de un modo quizás más atractivo que la misma regla paretiana.

IV- Pareto y la eficiencia en una teoría de los derechos de propiedad libertaria.

Si antes he supuesto –siguiendo las propiedades del modelo de competencia perfecta- un mundo sin costos de transacción y ausencia de costos y beneficios externos, ahora voy a examinar el problema en el más realista mundo de costos de transacción positivos. Como ha afirmado Coase –y está en la base del Análisis Económico del Derecho- para intercambiar un derecho debo incurrir en costos asociados a la transferencia del mismo: identificar a un posible contratante, instrumental el convenio, fiscalizar el mismo, ocuparme de su eventual ejecución y otros relacionados. Ahora, de modo más significativo, tenemos que pensar el mundo como uno donde la actividad de alguno puede afectar la utilidad de otros. Un mundo donde los individuos no residen cada uno en su propia isla e intercambian, sino otro donde la actividad de uno puede afectar la función de utilidad o producción de otro.

Es escenario nos permite identificar otras diferencias entre una TD y Pareto y al mismo establecer una comparación entre estas, tanto en el terreno de la utilidad como en el de la autonomía. En el caso, me interesa examinar las relaciones entre la regla de Pareto y una teoría de los derechos libertaria que genéricamente podemos denominar “Locke – Nozick”.

La elección no es caprichosa: es el tipo de teoría que en principio tiene buenas posibilidades –más que otras- de satisfacer la regla de Pareto en las condiciones del modelo de competencia perfecta: (a) en general no impide transacciones y su justicia fundada en procedimientos “justos” (b) elimina el problema de la imposición de costos y beneficios. Una teoría libertaria, además, hace renunciabiles todos los derechos, de modo que permite cualquier intercambio sobre cualquier bien que tenga utilidad marginal.

Sin embargo, como voy a sugerir, una vez que dejamos de lado los extremadamente idealizados supuestos del modelo, surgen diferencias fundamentales entre la regla de Pareto y el tipo de regla de adjudicación que subyace a una teoría de los derechos libertaria. Dicho examen supone, confirmar la tautología de K & S a este nivel muy fundamental, al menos respecto de este tipo de teorías. Pero al mismo tiempo, quiero sugerir, que tanto desde el punto de vista de la eficiencia como desde el punto de vista de la autonomía estas teorías ofrecen atractivas respuestas al desafío de K & S.

Inicialmente conviene, al menos, una breve introducción a este tipo de teorías. En general suponen los siguientes elementos. (a) Un principio de transferencias que estipula que cualquier cosa que sea justamente adquirida puede ser objeto de transferencias de modo libre y voluntario. (b) Un principio de adquisición original justa fundado en la ocupación o la mezcla del propio trabajo con los recursos del mundo exterior. Una teoría de este tipo

supone que las cosas, originariamente de nadie o bien de la comunidad (según el autor), pasan a ser propiedad del primer ocupante o quien ha mezclado trabajo con ellas. (c) Un principio de rectificación de las injusticias cuando alguien ha adquirido algo en violación a los principios (a) y (b)³³.

Sin embargo, conviene detenernos un poco más en (b). Para Locke, en un comienzo o hipotético estado de naturaleza, los hombres son libres y dueños de sus propias personas y las cosas del mundo son propiedad comunal. Sin embargo, en tanto no es posible solicitar permiso a todos los comuneros para apropiarse de aquello que es común, los hombres hacen suya la propiedad “mezclando” su trabajo con los recursos, como un mecanismo para justificar la propiedad. En Locke, la propiedad no aparece como un derecho absoluto sino que, por el contrario se ve limitado al hecho de la existencia de “igual cantidad y calidad” para los demás comuneros, introduciendo así una nota quizás algo consecuencialista en su sistema de “derechos naturales”. En suma una adquisición originaria se justifica en tanto la “mezcla” de trabajo propio con aquello que es de propiedad común, siempre que quede “igual cantidad y calidad” para los demás³⁴.

Una vez que el hombre ha mezclado entonces su “trabajo” (su “propio cuerpo”) ³⁵ con aquello que es “común” a todos, saca a las cosas del estado de naturaleza o propiedad común en que se encuentra y las hace suyas y al mismo tiempo –algo para mi importante– incrementa su valor: las trabaja, y al trabajarlas y explotarlas, las cosas incrementan su valor social con ventajas para todos, de un modo muy intuitivo para la economía política. No es complejo comprender a Locke, allí donde hay tierras labradas hay más riquezas que donde las mismas no están labradas: los recursos naturales sin el concurso del capital y el trabajo humano, poco o nada “valen”.

Como sea, en Locke hay una teoría respecto de la adquisición originaria de propiedad: la gente mezcla la propiedad sobre uno mismo con aquello que es comúnmente poseído por todos y lo saca del estado de naturaleza y lo hace propio. Siempre que, desde luego, “quede suficiente y de igual calidad” para los demás, el célebre y discutido “Lockean Proviso”³⁶.

³³ Voy a referir nada más que a derechos sobre bienes del mundo exterior.

³⁴ Es célebre el siguiente pasaje del *Segundo Tratado*: “Though the earth and all inferior creatures be common to all men, yet every man has a property in his own person; this, nobody has any right to but himself. The labour of his body and the work of his hands we may say are properly his. Whatsoever, then, he removes out of the state that nature hath provided and left it in, he hath mixed his labour with, and joined to it something that is his own, and thereby makes it his property. It being by him removed from the common state nature placed it in, it hath by this labour something annexed to it that excludes the common right of other men. For this labour being the unquestionable property of the labourer, no man but he can have a right to what that is once joined to, at least where there is enough, and as good left in common for others”. Cap. V.

³⁵ En general estas teorías suponen auto propiedad sobre uno mismo.

³⁶ Hay segundo y menos discutido “proviso” o límite a la propiedad que refiere al límite en el cual una persona puede acumular cosas: hasta el punto en el cual estas no se echen a perder. Locke mismo señala que la introducción y aceptación de la moneda supone una salida para este segundo y menos debatido límite a la propiedad privada.

Uno podría, inicialmente, verse tentado de interpretar el "lockean Proviso" como una fórmula similar o próxima a la eficiencia de la regla de Pareto, tendiente además a evitar situaciones de monopolio: que alguien por ejemplo se quedase con la única fuente de agua de toda una región (para citar un ejemplo de Nozick). Pero por otra parte, parece evidente, una concepción muy "estricta" o mejor "literal" de la condición de Locke podría impedir toda o muchas adquisiciones: cuando alguien toma algo, necesariamente deja menos para los demás³⁷.

Para evitar esta lectura literal tan restrictiva del "Lockean Proviso", Nozick sugiere una versión más razonable del mismo: que no se deje a los demás en "peor" situación que antes³⁸. En suma, una adquisición es legítima –y luego puede ser transferido por medios contractuales- cuando consecuencia de la misma no se ha dejado a alguien "peor" que antes de la adquisición. Una fórmula que en algún sentido podría tener alguna proximidad con la regla de Pareto: si una adquisición mejora la situación de quien la lleva adelante y no deja a nadie en peor situación, podría suponerse –y a *este* nivel analítico esto es correcto- que la versión de Nozick exige que no se viole la regla de Pareto. Parece evidente, en efecto, como ha señalado Nozick, que una interpretación estricta del celebre "proviso" puede simplemente negar cualquier apropiación originaria: una vez que "B" toma "X", ese "X" no queda *estrictamente* disponible para "C", en tanto "B" lo ha integrado a su propiedad. Simplemente cuando alguien "mezcla" su trabajo y por ese medio toma algo para sí, necesariamente deja menos de ese bien para los demás³⁹.

³⁷ Como señala Gauthier: "Tomar literalmente estas palabras podría parecer una forma de aniquilar nuestra empresa desde el comienzo. Si uno debe dejar lo suficiente de igual bondad para los demás, ¿puede acaso pretender algo en absoluto como recurso disponible?. (...). Por lo demás, exigir que quede lo suficiente y tan bueno seguramente impediría la adquisición no sólo de lo que realmente escasea, sino también de aquello de lo que hay potencialmente una oferta insuficiente". David Gauthier, *La Moral por Acuerdo*, Gedisa Editorial, 2000, Barcelona, p. 270-271.

³⁸ Robert Nozick, señala: "The crucial point is whether appropriation of an unowned object worsens the situation of others." También afirma que: "Locke's proviso that there be 'enough and as good left in common for others' is meant to ensure that the situation of others is not worsened. Once it is known that someone's ownership runs afoul of the Lockean proviso, there are straight limits on what he may do with (what it is difficult any longer unreservedly to call) 'his property'." ... an owner's property right in the only island in an area does not allow him to order a castaway from a shipwreck off his island as a trespasser, for this would violate the Lockean proviso". Robert Nozick *Anarchy, State, and Utopia*, New York: Basic Books Inc., pp.174-182.

³⁹ Como señala Gauthier: "Tomar literalmente estas palabras podría parecer una forma de aniquilar nuestra empresa desde el comienzo. Si uno debe dejar lo suficiente de igual bondad para los demás, ¿puede acaso pretender algo en absoluto como recurso disponible?. (...). Por lo demás, exigir que quede lo suficiente y tan bueno seguramente impediría la adquisición no sólo de lo que realmente escasea, sino también de aquello de lo que hay potencialmente una oferta insuficiente". David Gauthier, *La Moral por Acuerdo*, Gedisa Editorial, 2000, Barcelona, p. 270-271.

Es por esto que Nozick cree que la estipulación de Locke tiene por finalidad que no se deje a los demás en “peor” situación que antes⁴⁰. De ese modo toda adquisición inicial en los términos explicados es legítima *si y solo si* no “empeora” la situación de los demás. Nozick cree, de hecho, que cualquier teoría plausible respecto de la adquisición originaria de propiedad requiere de una cláusula o estipulación de esta naturaleza⁴¹. Con esto Nozick pide una compensación “heta” de utilidad y no una compensación de mercado: puedo apropiarme de cualquier cosa siempre que los demás no queden en “peor” situación, de otro modo debo compensarlos.

La estipulación es una condición fuerte en Nozick: una primera apropiación originaria que no fuese ilegítima, en tanto coloca a alguien en “peor” situación, implica la ilegitimidad de todas las posteriores transacciones. B adquiere X y al hacerlo viola la estipulación en tanto coloca a determinadas personas en “peor” situación, de ello se sigue que aún cuando B intercambie X con D quien adquirió los bienes que intercambia sin violar la estipulación, la adquisición no es legítima.

Pero Gauthier cree que la versión de Nozick es demasiado exigente: puede colocar a un individuo en una situación en la cual el costo de no violar el proviso es quedar ella misma en peor situación. Lo reformula, entonces, del siguiente modo: que nadie debe mejorar a costa de otro, salvo que sea para evitar un daño mayor sobre si mismo⁴². “B” ahora puede “empeorar” la situación de C tomando “X” si de ese modo evita una disminución mayor de su utilidad esperada.

Gauthier es más explícito que Nozick respecto del proviso aun cuando adopta – en líneas generales - la versión del segundo. Lo que cuenta respecto de “mejorar” o “empeorar” a una persona es la utilidad esperada de los mismos, en la concepción tradicional de la teoría económica. El “punto de base” para comparar –ausente en Nozick que pide un estudio empírico de la incidencia de la propiedad originaria- surge de comparar la utilidad esperada

⁴⁰ Robert Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, op.cit. p. 175. “The crucial point is whether appropriation of an unowned object worsens the situation of others.” “Locke’ s proviso that there be ‘ enough and as good left in common for others’ is meant to ensure that the situation of others is not worsened. Once it is known that someone’ s ownership runs afoul of the Lockean proviso, there are straight limits on what he may do with (what it is difficult any longer unreservedly to call) ‘ his property’ .” ... an owner’ s property right in the only island in an area does not allow him to order a castaway from a shipwreck off his island as a trespasser, for this would violate the Lockean proviso”.

⁴¹ Robert Nozick, op.cit. p.179.

⁴² Dice Gauthier que: “pero prohibir sencillamente que empeore la situación de los demás es demasiado fuerte. Porque hay situaciones en las cuales una persona sólo puede impedir es empeorando su propia posición. Siguiendo a Locke, quien permite que se dé justificable prioridad a la propia preservación antes que a la de los demás en las deliberaciones que uno hace, modificamos la interpretación de la estipulación que da Nozick y decimos que prohíbe empeorar la situación de los demás excepto en los casos en que sea necesario para impedir que empeore nuestra propia situación”. op.cit. p. 271.

de cualquiera con relación a la presencia o ausencia de otra persona, respecto de la cual procede la comparación. “A” “mejora” a “B” si “B” esta mejor con la presencia de “A” que sin la presencia y lo mismo sucede a la inversa: “A” “empeora” a “B” si la utilidad esperada de “B” es menor en presencia de “A” que en su ausencia ⁴³.

Gauthier apela, para ilustrar el punto, a un clásico contra fáctico en filosofía moral y política: “A” se ahoga y “B” para por allí y a muy bajo costo, casi insignificante, puede salvar al primero de la muerte. ¿Debe “B” asumir algún costo en este sentido? Tiene alguna obligación moral de acudir en socorro de “A”? La respuesta es clara en Gauthier: no, en tanto el estado del mundo “A ahogándose” es independiente de la ausencia o presencia de “B”. Si “B” empuja a “A”, en cambio, la presencia de “B” es decisiva respecto de la situación de “A”. Y este el “punto base” para comparar cuando una persona “emperora” o “mejora” la situación de alguien.

Respecto de los bienes del mundo exterior, en Gauthier, la prohibición de imponer costos respecto de otra persona opera tan sólo cuando un individuo “mejora” su posición estratégica respecto de aquella persona a la cual le ha impuesto un costo externo. Si “A” tira desechos en un río común y esto afecta a “C” en tanto –por ejemplo- tiene menos para pescar, “A” nada debe a “C” siempre que “A” no ingrese en pactos que “C” relativos a la actividad a la cual refieren los costos externos. Si “A” por ejemplo utiliza el río para tirar desechos de un pequeña curtiembre y vende estos productos a “C”, entonces, “A” ha empeorado la situación de “C” respecto de si mismo, y le coloca en una situación contractual donde los costos no han sido –entre ellos- plenamente “internalizados” y por lo tanto dicha adquisición viola el “proviso”. Si “A”, por hipótesis no se relaciona con “C”, Gauthier entiende que “A” no ha mejorado su situación respecto de “C” y por lo tanto no ha violado el “proviso”. Simplemente ha hecho uso del río (en sentido económico) común ⁴⁴.

Creo que a la luz de la interpretación más corriente del “proviso” uno podría verse tentado a pensar que una versión correcta o plausible del mismo podría adoptar una forma paretiana, en tanto prohíbe (al menos en las versiones comentadas) que alguien empeore a otra persona al momento de la adquisición originaria. Se podría pensar que hay dos estados del mundo para comparar, uno “antes” de la adquisición y otro a posterior. Si la estipulación requiere que no se afecte la utilidad de nadie, por definición una teoría de los derechos de propiedad implicaría que al menos alguien ganó y nadie perdió consecuencia de la misma, de modo que el estado del mundo “luego de la adquisición” sería Pareto preferida a anterior, donde todavía no se había registrado la ocupación o toma del bien.

⁴³ Gauthier, op.cit.

⁴⁴ Digo en “sentido económico” para diferenciar a Gauthier de Locke, para quien todas las cosas eran propiedad de todos en estado de naturaleza. Para Gauthier no son de nadie, pero esto es, precisamente, lo que se conoce en teoría económica de la propiedad como “propiedad comunal”, a la cual voy a hacer extensamente referencia con posterioridad.

Pero creo que tal interpretación no es plausible y la regla de adquisición que subyace a una teoría libertaria es diferente, a un nivel muy básico, de la regla de Pareto. Y es, al mismo tiempo, una regla que puede reputarse eficiente en muchos sentidos.

Un primer problema con un ‘proviso’ del tipo Pareto es que si *cualquier* disminución de utilidad de *cualquier* persona puede impedir una adquisición, entonces, el sistema de adquisiciones originarias se vería fuertemente limitada. Cualquier costo externo podría limitar adquisiciones originarias de un modo muy poco plausible. En el extremo, cualquier ‘envidioso’ podría, lisa y llanamente, impedir cualquier acto de adquisición originaria, por el sólo hecho de disminuir su utilidad. La regla de la eficiencia de Pareto es una que implica unanimidad y la unanimidad es una regla muy costosa para un sistema plausible de adquisiciones originarias, tanto si el bien es escaso como si el bien es relativamente abundante.

Respecto del punto se ha considerado que el proviso sólo se cumple (en la versión que comentamos) cuando los bienes son relativamente escasos. Sin embargo, como señala Schmidt, el proviso se hace más necesario y las ocupaciones individuales económicamente más relevantes, cuando más escasos son los recursos. Frente a la escasez, una lectura económicamente razonable del ‘proviso’ sugiere que tomar los recursos y hacerlos propiedad privada no es una opción, sino que requiere que las personas ocupen las mismas en tanto los problemas asociados la ‘tragedia comunal’. Ciertamente que las ocupaciones originarias disminuyen el stock de los bienes tal y como existen pero, frente a la escasez, la perpetuación de los bienes en su estado original no es una opción, y son esas adquisiciones originarias que, a través de mayor productividad compensan ampliamente a los demás. La apropiación, dice acertadamente este autor, no es un juego de suma cero (donde quien toma gana y quien no toma pierde), en particular frente a situaciones de escasez⁴⁵.

Pero los argumentos expuestos ponen en evidencia que la regla de la primera posesión no debe pensarse, salvo a un nivel muy alto de generalidad, como un sistema de Pareto en sentido estricto. Creo que una regla o criterio de eficiencia más adecuado para pensar el tipo de eficiencia de una adquisición originaria podría validamente describirse como una versión no (tan) instrumental de la eficiencia en el sentido de Kaldor Hicks⁴⁶.

Creo que conviene separar el nivel positivo del nivel normativo. A nivel positivo creo que una regla de Kaldor Hicks describe mejor cómo *necesariamente* opera un sistema de adquisición originaria, en tanto situaciones donde son muchos los implicados podría hacer –con independencia de los costos- sencillamente imposible compensar *toda* disminución de utilidad, como pide la regla de Pareto. Aún cuando, evidentemente, un sistema de

⁴⁵ Schmidt, ‘The Institution of Property’, en *Social Philosophy and Policy* 11, 1994, p. 42 – 62.

Para una traducción al castellano, ‘El Derecho de Propiedad’, en Horacio Spector (Comp.), *Elementos de Análisis Económico del Derecho*, Ribinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2004, p. 27-56.

⁴⁶ Brevemente expuesto el criterio de Kaldor Hicks o potencial de Pareto, supone que un estado del mundo ‘X’ es superior a otro estado del mundo ‘Y’ si y solo si en ‘X’ los ganadores pueden compensar hipotéticamente a los perdedores, dejando a estos indiferentes, y todavía quedar como ganadores.

adquisición originaria –como regla- “conviene a todos” en tanto puede ser pensado como un juego donde todos ganan, podría resultar algo arbitrario describir el tipo de eficiencia que opera como “paretiana”. En algunos casos, de modo más realista, algunos pueden resultar más compensados que otros, y en algunos casos, otros simplemente quedan no compensados, aunque más no sea, consecuencia de los costos asociados a compensar todo costo externo. Creo que a nivel descriptivo es conveniente pensar un sistema de adquisiciones originarias como una particular versión de la eficiencia como “compensación hipotética”, aun cuando, a largo plazo y, muchas veces respecto de otros actores, la compensación es más que hipotética y en general resulta en mejores condiciones para todos (al menos a largo plazo).

Todo depende del grado de generalidad con el cual creamos conveniente pensar la regla de Pareto. A un nivel muy estricto, ésta regla podría impedir, muchas adquisiciones en tanto disminuciones de utilidad no compensadas *ahora*, aún cuando seguramente implica el desarrollo de condiciones económicas muy favorables para todos *después*. Pero, a nivel descriptivo y como modelo general muy abstracto, en tanto las adquisiciones originarias son eficientes, podemos pensar el sistema como eficiente en el sentido de Pareto.

Pero no podemos utilizarlo a nivel normativo donde la aplicación de ética normativa nos obliga a considerar situaciones con menor nivel de abstracción. Ello nos obliga a dejar de lado, al mismo tiempo, la regla de la “no dejar a los demás en peor situación”. Ello en tanto la poca plausibilidad de la regla. Limitar las adquisiciones originarias a aquellas que no dejen a los demás en “peor” situación no sólo es muy poco plausible sino además quizás, dado el extremo empírico de la cuestión, imposible. ¿Es plausible permitir que cualquier disminución de utilidad cuente como un veto para una adquisición originaria?

Creo que no, y por eso autores que adoptan esta forma del proviso (análoga en algún sentido a Pareto) caen en contradicciones. Gauthier, por ejemplo, que expresamente utiliza teoría económica y además adopta la versión de Nozick (de “no empeorar a nadie”) del proviso, expresamente viola la estipulación cuando analiza diversas situaciones. Si “A” –reitero un ejemplo de él antes expuesto- tira desechos en un río y perjudica a “B” que tiene menos peces, “A” nada debe a “B”, aun cuando –al menos desde la concepción tradicional de la economía- le ha impuesto un costo externo y aún cuando este podría hipotéticamente revelar su disminución de utilidad de modo positivo y manifiesto.

En el ejemplo que ofrece este autor, estrictamente, “A” ha violado la regla de Pareto y también la estipulación que él mismo ha definido. Sucede que una estipulación del tipo Paretiana no es un criterio plausible: es muy costoso compensar todo tipo de disminución de utilidad.

Además las preferencias menos plausibles para aplicar el “veto” que supone Pareto quedan disponibles: “A” podría elegir tomar su tercer pez para vender, y “D”, “F” o “J” podrían implemente estar celosos y aplicar el veto. Y así, es posible pensar en muchos casos donde la aplicación de la regla de Pareto, aun en caso de bajos costos de transacción donde esto es posible, simplemente resulta muy poco intuitiva respecto de cualquier otra concepción de la eficiencia y al sentido común.

Quizás podría objetarse que estoy interpretando de modo muy estricta la regla de Pareto y que la misma, interpretada a niveles de generalidad más amplios, permite pensar el ‘proviso’ en esos términos. Quizás, podría afirmarse que cuando ‘A’ tomó posesión unilateral de ‘X’ dejó menos para mí de ‘X’ pero gracias a la mayor productividad del sistema en general que permite la propiedad privada –en particular de aquello que es escaso- ahora todos nos vemos en mejor situación gracias al sistema, y que por lo tanto hemos sido compensados. Pero creo que ello es utilizar la regla en un sentido muy poco preciso, asumir que mayor oferta de bienes y servicios, supone necesariamente una compensación, y no describe adecuadamente bien cómo opera el sistema. Creo, en principio, que nivel positivo –en tanto un juego de suma positiva- hay menos problemas, pero a nivel de ética normativa, no resulta consistente caracterizar un sistema de adquisiciones originarias fundadas en la ocupación (o quien primero llega se lo queda) como una aplicación de Pareto (y tampoco –por los mismos motivos- utilizar un proviso del tipo ‘no dejar a nadie en peor situación’). Como sea, no quiero extenderme sobre este punto, donde hay mucho para decir, en tanto me interesa solamente una descripción muy general del asunto⁴⁷.

En realidad la diferencia fundamental entre una regla de adjudicación que opera en una teoría de este tipo y la regla de Pareto, deriva no tanto de (b) la adquisición originaria y el proviso, como de (a) la regla de libertad contractual. Y creo que aquí se verifica más claramente la proposición de K & S.

La regla distributiva procesal básica de una teoría de los derechos de propiedad difiere de la regla de Pareto, en tanto esta última nos pide muchos más que libertad contractual: exige –algo poco atractivo, creo- unanimidad y compensación por cualquier costo externo y retribución por *cualquier* beneficio externo. Una teoría de los derechos, por el contrario, sólo requiere compensación *cierta clase de hechos dañosos* que se estiman violatorias de los derechos, pero no para todo costo externo y Pareto nos reclama precisamente eso: la inexistencia de costos externos no compensados, la ausencia de disminución en la utilidad.

Esto queda evidente cuando analizamos el principio (a) de libertad contractual. Si algún obstinado paretiano pretende mantener una regla de no afectar la utilidad de los demás, puede hacerlo (a muy altos costos) a nivel de la regla (b), es decir de las adquisiciones originarias. Pero de manera alguna puede, sin alterar el sentido mismo de (a), aun en casos de muy bajos costos de transacción que hagan fácilmente compensable el daño, mantener esta regla de eficiencia para los convenios. Si ‘A’ hace un convenio con ‘B’ y no viola el derecho de ‘C’, aun cuando ‘C’ disminuya su utilidad, una teoría de los derechos libertaria no puede exigir compensación.

⁴⁷ Véase, David Schmidt, ‘El Derecho de Propiedad’, op.cit., p. 27 – 62. Para algunas consideraciones económicas respecto de adquisiciones originarias, también, Randy Barnett, *The Structure of Liberty*, Clarendon Press, Oxford, 1998, 68-71. Este autor, en general, pone de relieve el problema de conocimiento y la división del trabajo. De todas formas, aquí, no me interesa una descripción completa de que en sentidos un sistema de adquisición originaria fundada en la ocupación es eficiente, sino, tan sólo, una caracterización general utilizando criterios tradicionales de la economía del bienestar. En otros términos, cómo podemos caracterizar mejor el tipo de eficiencia –si es que existe- en una teoría de los derechos de propiedad.

Por ese motivo una teoría de derechos de este tipo, aun cuando satisface Pareto en la generalidad de los casos (en tanto los derechos son renunciables), al menos respecto de otras TD menos permisivas, no satisface la regla de Pareto por la simple razón de que no manda a los contratantes a compensar a terceros de cualquier disminución de utilidad.

Pareto manda a los contratantes a compensar efectivamente a terceras personas en casos de costos externos de modo tal que si “A” y “B” desean efectuar un convenio deberán, para el probable caso de un costo externo compensar a “C”, “D” o “E” y una teoría de los derechos no exige tal cosa. Una transferencia justa es aquella determinada por reglas justas y esas reglas justas no obligan a compensar *toda* molestia y disminución de utilidad, sino solo aquellas amparadas en derechos exigibles. En “Locke- Nozick” nada se debe a “B” o “C” ante una concreta disminución de sus respectivas utilidades, mientras Pareto si lo exige. Después de todo nadie debe quedar ‘peor’ que antes, y alguien podría quedar ‘peor’ consecuencia del convenio aún cuando este no afecte derechos.

Claro que la disminución de la utilidad (del un celoso, por ejemplo) puede ser superior a la incremento de la utilidad de la partes contratantes. Del mismo modo que una adquisición originaria puede implicar una disminución en su utilidad que el incremento de utilidad de quien ocupa un bien determinado, pero –como se ha señalado- el sistema debe pensarse a nivel de reglas y no a nivel de actos particulares⁴⁸.

Como sea parece evidente que en tanto, aún cuando media la posibilidad en tanto bajos costos de transacción, una TD de este tipo no me manda a compensar todo costo externo, sino tan sólo aquellos que están amparados en derechos de propiedad, ambas reglas difieren.

Pero entonces, ¿en qué sentido es eficiente –a nivel muy fundamental- una TD expuesta?, ¿Cómo incorpora utilidad? Creo que hay varias formas de defender la eficiencia de una TD de este tipo. Argumentos, algunos de ellos, muy conocidos. Pero más que una defensa de la eficiencia de una TD –algo que me llevaría por ámbitos que no quiero ahora explorar- conviene identificar que tipo de criterio tradicional de eficiencia puede utilizarse y porqué, en buena medida, hay buenos criterios económicos para limitar las compensaciones de disminución de utilidad *tan sólo* a casos amparados por derechos de propiedad. Es decir, ahora, podemos contestar a K & S y regresar al punto originario –aun que no principal- de este ensayo.

¿Qué respuestas disponibles tiene, de modo fundamental, entonces, una teoría libertaria de los derechos de propiedad, al argumento de K & S, más concretamente al argumento de que una TD pierde en utilidad o en autonomía?⁴⁹

⁴⁸ Conf. Schmitz, op.cit. p. 37.

⁴⁹ Asumo, como se hace con frecuencia, de que una teoría de los derechos de este tipo es una TD. De hecho, supone que los derechos, en general, se respetan con independencia de las consecuencias. Aun cuando, quizás, podría intentarse una defensa fundada en las consecuencias. Autores muy conocidos como Randy Barnett y Richard Epstein, por ejemplo, adhieren a un principio de

Comencemos con el argumento de la utilidad (o quizás de la “eficiencia”). ¿Aún cuando fuese posible compensar toda disminución de utilidad, tiene sentido hacerlo, respecto de *cualquier* disminución de utilidad aún cuando no este amparada en un derecho? O, como han señalado los teóricos de los derechos de propiedad, ¿sólo tiene sentido compensar aquellas disminuciones de utilidad amparadas en derechos?⁵⁰

Quiero decir: ¿es plausible desde otros criterios de eficiencia compensar *todo* costo y beneficio externo cuando las transacciones *son* costosas? Claro que no: y esa es la función *económica* de un sistema de derechos de propiedad: discriminar cuales costos y beneficios externos deben ser compensados, conforme las valorizaciones de los individuos expresados en el sistema de precios, la evolución del sistema institucional y los medios tecnológicos disponibles, entre otros elementos relevantes.

No quiero ingresar ahora en teoría económica de los derechos de propiedad, pero un ejemplo puede clarificar el asunto. Supongamos primero un momento (1) donde “A”, “B” y “C” tienen, todos, igual utilidad. Luego un momento (2) donde “A” y “C” hacen un intercambio que deja un excedente en utilidad “X” para ambos, pero donde “B” se ve afectado en su utilidad en “Y”. “Y” es el costo externo: sufre una pérdida no derivada de un intercambio. Si los costos de transacción son demasiados elevados para compensar “Y” podría ser altamente ineficiente, aun cuando su falta de compensación viola la regla de Pareto: “B” esta “peor”.

Una teoría del tipo “Locke – Nozick” no me obliga, aún cuando fuese posible a compensar todo costo externo “Y”, salvo que “Y” adopte la forma de un derecho. Y la teoría económica de los derechos de propiedad sugiere que “Y” solamente adoptará la forma de un derecho cuando los beneficios derivados de proteger “Y” sean superiores a los costos.

adquisición originaria vía ocupación (es decir reconocen un derecho previo del primer ocupante) sobre la base de las *consecuencias* que se sigue del mismo, aún cuando no en el sentido tradicional del utilitarismo. Quiero decir, quizás una defensa de la propiedad de esta naturaleza, admita, después de todo, una defensa algo más agresiva en términos utilitaristas en sentido tradicional.

⁵⁰ Refiero a la muy extensa obra de autores como Demsetz, Alchian, Cheung, Pejovich, entre otros. Para este enfoque los derechos de propiedad evolucionan a los fines de eliminar costos externos que nos imponemos mutuamente cuando los beneficios son superiores a los costos. Los derechos de propiedad, además, reducen los costos de las transacciones facilitando nuevos procesos evolutivos de esta naturaleza. Respecto del Análisis Económico del Derecho de Propiedad, véase, Yoram Barzel, *Economic Analysis of Property Rights*, Cambridge University Press, 2ª edición, 1997. Harold Demsetz, “Hacia una teoría de los derechos de propiedad”, *Libertas*, N° 6, ESEADE, Buenos Aires, mayo de 1987, p. 93 y ss. Eirik G. Furubotn y Svetozár Pejovich, “Los derechos de propiedad y la teoría económica: Examen de bibliografía reciente”, *Hacienda Pública Española*, N° 68, Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 1981. Armen A. Alchian, “Some Economics of Property Rights” [1965], en Armen A. Alchian, *Economic Forces at Work*, Liberty Fund, Indianapolis, 1977.

Los derechos, puesto en simple, capturan aquella clase de costos y beneficios externos que, dadas múltiples circunstancias pero fundamentalmente valoraciones humanas, conviene que sean compensadas.

Es la razón por la cual los indios de la península del Labrador protegían – en el conocido ejemplo de Demsetz- tan solo la piel de los castores y no la carne que quedaban en propiedad comunal: dadas las valoraciones existentes (alto precio de la piel, bajo precio de la carne), el estado de la evolución institucional y la tecnología disponible, eliminar costos externos respecto de la carne (como lo exige Pareto) no resultaba eficiente. Aún cuando los costos de transacción sean bajos, no siempre será un criterio atractivo de eficiencia compensar toda disminución de utilidad para dejar indiferentes a los demás o bien integrarlos al convenio. Lo mismo puede decirse, respecto del “proviso”⁵¹.

Es que un sistema de derechos de propiedad constituye un dispositivo para distinguir aquellos costos y beneficios externos que son eficientes compensar y cuales no, y por lo tanto adopta un principio de eficiencia del tipo Kaldor Hicks: se supone que aquellas externalidades no compensadas (en la práctica) lo son hipotéticamente por la ganancia neta que permite un sistema de derechos de propiedad eficiente⁵². Todo aún cuando, en la práctica, tiende a más que compensar, con el tiempo, a todos o casi todos los jugadores. Pero no me obliga –y esto es lo relevante- a compensar toda disminución de utilidad o costo externo.

Un sistema de derechos de propiedad –desde este punto de vista- constituye una versión de Kaldor Hicks generalmente con un proviso que –en algún grado- evita la utilización instrumental de un individuo por otro y por lo tanto puede implicar una versión quizás atractiva de la eficiencia⁵³.

Por otro lado una teoría de los derechos –que permita convenios privados- no necesita ingresar en complejos cálculos respecto de ganadores y perdedores: el mercado institucional lo hace por él, en tanto se supone –así lo hace la teoría- que los derechos de propiedad solo mandan a compensar costos externos cuando los beneficios son superiores a los costos. La definición de derechos no supone un “filósofo rey” en capacidad de efectuar

⁵¹ Harold Demsetz, “Hacia una Teoría”. op. cit.

⁵² El criterio de eficiencia de Kaldor Hicks supone que un estado de cosas “X” es superior a otro estado de cosas “Y”, sí y solo sí en “X” los “ganadores” pueden compensar hipotéticamente a los “perdedores”. Un sistema de derechos de propiedad constituye un sistema de Kaldor Hicks en tanto quedan no compensados varios costos y beneficios externos, fundamentalmente en aquellos casos donde los costos de compensar superan a las ganancias (siempre, en principio, subjetivamente considerados).

⁵³ Reitero que expresamente dejo de lado la polémica respecto de las “fallas de mercado”. Validamente podría decirse que una teoría libertaria obliga a respetar las transacciones de un modo tan amplio que permite situaciones donde del libre accionar individual no se sigue, necesariamente, la eficiencia. Pero esta polémica se desarrolla en un ámbito muy diferente al tema que nos ocupa.

las complejas comparaciones interpersonales de utilidad, sino que procede, evolutivamente, sobre la base de las preferencias individuales.

Creo, entonces, que una teoría libertaria tiene una buena respuesta a K & S aun cuando se confirma la incompatibilidad con la regla de Pareto, a un nivel fundamental. Una teoría libertaria puede afirmar (1) que *no necesariamente* viola la regla de Pareto en tanto no impone costos y beneficios externos a los individuos y (2) no impide convenios o lo hace de modo muy limitado. De modo fundamental, en gran medida, no necesariamente afecta la regla de Pareto, en tanto los derechos son plenamente o casi plenamente renunciables.

Pero, en tanto no obliga a compensar toda disminución de utilidad, la regla de adjudicación de este tipo de TD se diferencia claramente de la regla de Pareto. Sólo obliga a compensar disminuciones de utilidad cuando las mismas implican violaciones a derechos, pero en tanto determinados bienes sólo son protegidos por derechos cuando el costo de hacerlo es menor al beneficio, el tipo de eficiencia que utiliza es –o puede ser- una versión de Kaldor Hicks. Compensar toda disminución de utilidad puede implicar más costos que beneficios⁵⁴ y esto supone una respuesta más que adecuada al argumento de K & S.

Pasemos ahora a la autonomía. Pareto no es una regla atractiva desde el punto de vista de la autonomía individual. Creo que hay buenos argumentos que sugieren que Pareto concede menos espacio a los planes de vida de la gente que una teoría de los derechos como la considerada y comparte –al menos en algún grado- los problemas que las teorías fundadas en las consecuencias tienen respecto de la autonomía en general: le concede poco espacio.

En una teoría de los derechos, “A” puede conducir su plan de vida conforme su voluntad siempre que no afecte iguales derechos formales (que conceden igual libertad negativa) pero con independencia de la utilidad de “B”, “C”, “D”. Solamente si viola el derecho de –supongamos- “B” este tiene un veto respecto de sus acciones. En Pareto, en cambio, todos tienen idealmente y en sentido formal un derecho de “veto” respecto de “A” con el solo argumento de la disminución de la utilidad. Esto constituye un espacio de libertad menor para “A” que en una teoría de los derechos o cualquier TD que opere dejando amplios espacios de libertad para la gente⁵⁵.

⁵⁴ Creo interesante señalar que en la versión de Kaldor Hicks (no tan instrumental) al cual se puede apelar para caracterizar el tipo de eficiencia de un sistema de derechos libertario tiene muchas ventajas respecto del enfoque más común y ortodoxo que hacen los analistas económicos del derecho. Esto requeriría otro trabajo, pero digamos al menos que no requiere comparaciones personales de utilidad: son los individuos lo que determinan por procesos de tipo mercado qué bienes quedan protegidos por derechos y cuales no. En tanto (a diferencia de la versión tradicional) aquí no debo suponer que un peso vale lo mismo para “A” que para “B”, sino tan solo proteger el derecho de “A” y de “B”, no operan comparaciones personales de utilidad. Simplemente cuando se protege un derecho de cualquiera –respecto de los bienes- se supone que los beneficios derivados de tal reconocimiento son superiores a los costos que implica el sistema legal destinado a protegerlos.

⁵⁵ Aquí pueden ingresar, en sentido muy general que no quiero examinar, el principio de daño del Mill (de *On Liberty*), la tradicional libertad negativa de Berlin, una concepción neutral de los planes de vida, el principio de la coacción de Hayek, la autonomía en el sentido de Kant y tantas otras TD que resguardan típicamente espacios importante de libertad (negativa) para los individuos.

Una regla que me pide unanimidad respecto de la utilidad de los demás, constituye una regla, entendida de manera estricta, que deja menor espacio de autonomía para los planes individuales de vida de las personas. Introduce un principio de dilema comunal en la propia vida, la cual, para proceder, debe superar la dura regla de la unanimidad⁵⁶. Aun en situaciones donde por bajos costos de transacción compensar no es muy costoso y por lo tanto procede la regla de Pareto, no parece muy atractivo que cualquiera pueda “vetar” el plan de vida de cualquier con el simple argumento de una disminución no compensada de utilidad.

Tanto respecto del uso de los bienes como respecto de los planes de vida individuales el “veto” implica una tendencia muy grande al estado de cosas inicial en tanto todos pueden constituirse en jueces de la vida de todos. Creo que una adecuada o más plausible concepción de la autonomía debería preferir reglas del tipo (F) amparadas en TD que conceden amplios espacios de igual libertad, sin consideración de la mayor o menor utilidad de los demás.

En suma, hay buenas respuestas “libertarias” a los argumentos de K & S.

⁵⁶ Soy consciente que Pareto podría ser utilizado como un argumento imparcial –tanto como una teoría de los derechos u otro principio (F) compatible con la libertad- medido en utilidad para considerar la autonomía: supone que la elección de nadie debe afectar la utilidad de otro. Ese argumento, creo, puede ser plausible, pero esa concepción de la autonomía no es aquella que me permite orientar mejor mi plan de vida particular. ¿Qué posibilidades tiene una minoría frente al veto?.

