

MERCADO Y JUSTICIA*

* Los textos que se reúnen bajo este título fueron presentados en el *II Seminario Eduardo García Máynez* sobre Teoría y Filosofía del Derecho, organizado por el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM) y la Escuela Libre de Derecho. El evento se llevó a cabo en la Ciudad de México los días 15, 16 y 17 de octubre de 1992.

MERCADO Y JUSTICIA

*Ernesto Garzón Valdés**

El título de este trabajo indica que lo que me interesa es evaluar el mercado desde la perspectiva de la virtud social de la justicia. Dicho con otras palabras, lo que me importa es analizar la cuestión de la justificación de una institución y no las explicaciones que puedan haberse dado con respecto a su surgimiento en un momento determinado de la historia de algunas sociedades.

Las justificaciones que se han aducido con respecto al mercado pueden, por lo pronto, dividirse en dos grandes grupos:

- 1) el de las llamadas justificaciones pragmáticas o consecuencialistas;
- 2) el de las justificaciones intuicionistas o deontológicas.

En lo que sigue, deseo (I) referirme a ambos grupos de justificaciones, (II) someter a crítica la plausibilidad de las mismas y (III) especificar lo que podría llamarse las «circunstancias del mercado», que son las que permiten considerarlo como una forma éticamente aceptable para la transacción de bienes.

I

1. Las justificaciones pragmáticas (consecuencialistas) del mercado

Común a las justificaciones pragmáticas¹ es el intento de justificar la calidad moral del mercado partiendo de premisas no morales. El valor del mercado sería instrumental con respecto a la obtención de bienes que se consideran valiosos, es decir, se trataría de un valor derivado y contingente, vinculado causalmente con otros que se consideran supremos o independientes.

* Universidad de Maguncia, Alemania.

¹ Cfr. Allan Gibbard, «What's morally special about free exchange» en *Social Philosophy & Policy* 2:2 Spring 1985, págs. 20-28, aquí pág. 22.

En este grupo pueden incluirse:

a) Los argumentos que sostienen que los mecanismos del mercado constituyen el instrumento más adecuado para la obtención de los bienes que necesitamos para la supervivencia y que nosotros mismos no estamos en condiciones de producir; por lo tanto, tienen enorme importancia para toda moral práctica dada las utilidades que generan. Dicho con otras palabras: el mercado, en tanto medio para asegurar la riqueza social, tiene una relevancia indirecta para la ética: de su bondad económica se infiere su bondad ética. Es el argumento de la eficiencia.

Este argumento podría ser reforzado recurriendo al llamado teorema de R. Coase formulado en su ya celebre artículo «The Problem of Social Cost», publicado en 1960².

Según este teorema en un mercado libre, sin costos de transacciones, se obtiene una alocación óptima de los recursos, independientemente de la asignación originaria de los derechos de propiedad. La distribución de los derechos no crea ninguna diferencia por lo que respecta a la optimalidad del mercado y esta distribución es indiferente para la formulación de políticas. El teorema de Coase puede ser considerado como la expresión más radical del principio de eficiencia. Un par de consideraciones de Coase pueden bastar para poner de manifiesto su posición.

La cuestión es comúnmente pensada como una en la que A infringe un daño a B y lo que debe decidirse es ¿cómo deberíamos reprimir a A? Pero esto es falso. Nos enfrentamos aquí con un problema de naturaleza recíproca. Evitar el daño a B infringiría un daño a A. La cuestión real que tiene que ser decidida es: ¿debe permitirse a A que dañe a B o debe permitirse a B que dañe a A? El problema es evitar el daño mayor³.

y

Si los factores de producción son pensados como derechos, es más fácil entender que el derecho a hacer algo que tiene efectos perjudiciales

² Cfr. R. Coase, «The Problem of Social Cost» en *Journal of Law and Economics*, 1960, 3, págs. 1-44.

³ *Ibidem* pág. 2.

(como la producción de humo, ruido, olor, etc.) es también un factor de producción⁴.

El conocido ejemplo de Coase es el de la fábrica que contamina el ambiente y daña a los habitantes que viven en las cercanías. Supongamos que la fábrica puede evitar esta contaminación instalando filtros a un costo de 90 dólares con lo que evitaría pagar impuestos por daño de 100 dólares. En este caso a la fábrica le conviene instalar los filtros. Pero, si por otra parte, los habitantes de los alrededores pueden mudarse o comprar máscaras a un precio de 40 dólares, esto es lo que debe preferirse pues así se obtiene una ganancia de 50 dólares en el valor de la producción.

b) Los argumentos que sostienen que la libertad económica, asegurada por el mercado libre es un medio indispensable para lograr la libertad política. Milton Friedman lo ha expresado de manera muy clara:

Vistos como un medio para el fin de la libertad política, los arreglos económicos son importantes por sus efectos en la concentración o dispersión del poder. El tipo de organización económica que proporciona libertad económica directamente, es decir, el capitalismo competitivo, promueve también la libertad política porque separa el poder económico del poder político y, con ello, permite que el uno compense al otro.

La evidencia histórica habla al unísono por lo que respecta a la relación entre libertad política y mercado libre. No conozco ningún ejemplo en el tiempo y en el espacio de una sociedad caracterizada por una gran dosis de libertad política que no haya utilizado algo comparable a un mercado libre para organizar el conjunto de su actividad económica⁵.

Según Milton Friedman,

la gran ventaja del mercado es... que permite la diversidad. Dicho en términos políticos, es un sistema de representación proporcional. Es como si cada hombre, pudiera votar por el color de la corbata que

⁴ *Ibidem* pág. 44.

⁵ Cfr. Milton Friedman, *Capitalism and Freedom*, Chicago 1962, pág. 9.

quiere y obtenerla; no tiene que ver cuál es el color que la mayoría prefiere y, si está en minoría, aceptarlo.

... El poder económico puede ser dispersado ampliamente. No hay ninguna ley de conservación que fuerce el crecimiento de nuevos centros de fuerza económica a expensas de los centros existentes... Por otra parte, si el poder económico es mantenido en manos diferentes de las que tienen el poder político, puede servir para controlar y contrarrestar el poder político⁶.

Al no exigir la conformidad colectiva en relación a las decisiones o preferencias sobre las cuales los individuos no están de acuerdo, el mercado contribuye a disminuir las tensiones sociales. Sólo el mercado garantiza la unanimidad; esto significa que una sociedad en la que la mayor parte de los asuntos colectivos es solucionada por la vía mercantil tiene más probabilidades de asegurar el ejercicio de las libertades individuales que aquella en la que las decisiones son impuestas por el Estado. Mercado y Estado se presentan como dos polos de decisiones: el primero representa la armonía y el consenso; el segundo, es el ámbito de la imposición y del conflicto. Aceptada esta premisa, no cuesta inferir que a mayor mercado mayor libertad individual. Si la democracia es la forma de gobierno que garantiza el mayor ámbito de libertad individual posible en un contexto social, es obvio que existe también una relación directa entre mercado y democracia: todo intento de intervención en el libre juego del mercado afecta negativamente la democracia.

c) Los argumentos que sostienen que en el mercado la acción de la mano invisible permite coordinar los objetivos particulares de las personas en beneficio de la comunidad. El fin obtenido no es el directamente perseguido por las personas que intervienen en el mercado, ya que ellas aspiran tan sólo a la satisfacción de sus propios intereses pero, el mercado los coordina de forma tal que, al final, todos obtienen lo que deseaban y promueven adicionalmente un fin que no formaba parte de sus intenciones.

⁶ *Ibidem*, págs. 15 s.

d) Los argumentos que afirman que el mercado confiere a las personas la «libertad para elegir». Esta libertad de elección, que se manifiesta en el mercado a través del intercambio de derechos de propiedad, permite a las personas elegir entre diferentes planes de vida y resolver libremente cuál es el más adecuado para la satisfacción de sus intereses sobre la base de sus posibilidades. No se trata de igualar a las personas en el grado de satisfacción del plan de vida elegido, sino de que cada cual sopesa por sí mismo la satisfacción que está dispuesto a afrontar. Una vez más, conviene recordar una afirmación de Milton Friedman:

Esta es la diferencia básica entre el mercado y una agencia política. Eres libre para elegir. No hay un policía que te saque el dinero de tu bolsillo para pagar algo que no quieres o para hacer algo que no quieres hacer⁷.

La idea de libertad aquí presente es lo que suele llamarse idea de la libertad negativa y que se expresa diciendo que «queremos organizar nuestras propias vidas, hacer nuestras propias elecciones»⁸.

La imposición de deberes negativos, es decir, la defensa de la libertad negativa es -como sostiene Tibor R. Machan- la tarea primaria del gobierno:

El gobierno sirve... para proteger nuestra libertad negativa. Tiene que respetar también los principios cuya protección sirve. Por esta razón, la política, desde una perspectiva libertaria, es categóricamente distinta de otras empresas humanas tales como el tratar de tener una buena salud, lograr el perfeccionismo moral o la conservación de monumentos históricos⁹.

Sólo la libertad negativa estaría amenazada en nuestra vida en sociedad:

La enfermedad, el hambre, el vicio, etcétera son plagas que nos afectan en cualquier lugar, dentro o fuera de la sociedad¹⁰.

⁷ Cfr. Milton Friedman, *Free to Choose*, Londres 1980, pág. 223.

⁸ Cfr. Tibor R. Machan, «The Virtue of Freedom in Capitalism» en *Journal of Applied Philosophy*, Vol. 3, Nº 1, 1986, págs. 49-58, pág. 50.

⁹ *Ibidem* pág. 51.

¹⁰ *Ibidem*.

2. Las justificaciones deontológicas (no consecuencialistas) del mercado

En el caso de las justificaciones deontológicas, los argumentos se basan en valores propios del mercado, que valdrían por sí mismos, o que se expresarían justamente en el mercado en tanto éste no es una vía para obtener otros fines, sino el resultado de la práctica correcta de principios fundamentales como son los vinculados con la defensa de la propiedad y la libertad.

Aquí puede pensarse en dos casos:

2.a) *El mercado es bueno en sí mismo*. Es ya casi lugar común recurrir al llamado «teorema básico de la economía de bienestar» para explicitar la razón fundamental que justifica el mecanismo del mercado.

La primera parte de este teorema afirma que todo equilibrio competitivo es Pareto-óptimo. Es lo que suele ser llamado «teorema directo». La segunda parte del teorema afirma que todo lo que es Pareto-óptimo es un equilibrio competitivo (teorema converso)¹¹.

El teorema converso señala la posibilidad de que si se obtiene una correcta distribución inicial de recursos, se puede lograr el mejor estado de cosas a través del mecanismo del mercado, sin necesidad de recurrir a intervenciones políticas.

La suboptimalidad de la situación del mercado en el estado de naturaleza es lo que justificaría moralmente el establecimiento de instituciones políticas. Pienso que esta línea de argumentación es la sostenida por James S. Buchanan. En efecto, como es sabido, según Buchanan, ya en el estado de naturaleza existen relaciones de mercado. Los individuos que participan en él pueden ser desiguales por lo que respecta a su riqueza y fortaleza pero, son iguales en el intercambio mismo, desde el momento en que existe acuerdo acerca de la estructura de los derechos individuales. En la relación de mercado, las personas actúan como seres individuales dentro del marco de igualdad que confiere el propio mecanismo de intercambio de lo mío y lo tuyo. Esta es la situación que

¹¹ Cfr. Amartya Sen, «The moral standing of the market» en *Social Philosophy & Policy* 2:2 Spring 1985, págs. 1-19, aquí pág. 9.

Buchanan llama distribución natural; y todo andaría bien si no existiera, por una parte, el afán humano de maximizar los propios intereses y, por otra, la tendencia a no reconocer los derechos de propiedad, sobre todo cuando el número de los integrantes de un grupo aumenta apreciablemente. Además, las relaciones competitivas entre un gran número de seres cuyo comportamiento está guiado por motivaciones egoístas son incapaces de crear aquellos bienes que requieren la cooperación de todos. Para superar esta situación de suboptimalidad y evitar la disfuncionalidad que resulta del gasto innecesario de recursos destinados a adquirir y conservar bienes, es indispensable llegar a una «internalización contractual de una relación externa que existe en el estado de naturaleza precontractual»¹². Surge así el Estado político, cuya función primordial es garantizar el libre juego de las reglas del mercado. El aseguramiento de la vigencia de las reglas del mercado, es la base de la justificación del Estado. Dicho con otras palabras: el Estado está justificado si da solución a los problemas que surgen cuando el mercado fracasa, sea porque sus reglas no son respetadas, sea porque la competencia es insuficiente para crear bienes públicos.

La bondad intrínseca del mercado se debe a que en él encuentra su manifestación más clara el consenso de quienes participan en él. Si no se quiere recurrir a concepciones metafísicas del bien o usurpar el papel de Dios decidiendo autoritativamente qué es lo bueno y lo malo, el acuerdo mutuo tiene que ser el criterio supremo para juzgar acerca de una situación, cualesquiera que puedan ser sus características. El consenso así entendido es expresión de la autonomía de cada cual y la negación de todo tipo de perfeccionismo.

2.b) *El mercado es bueno porque a él se llega como consecuencia del ejercicio de derechos indiscutibles.* A diferencia de las anteriores, este tipo de justificaciones parte de la aceptación como valor indiscutible de la libertad del individuo y su manifestación en el derecho a disponer de su propiedad. Propiedad y libertad irían juntas. Un buen ejemplo de esta posición es Robert Nozick,

¹² Cfr. James S. Buchanan, *The Limits of Liberty*, Chicago/Londres 1975, pág. 25.

con su *historical entitlement theory*. Se trata de una teoría de la legitimidad de la apropiación que rechaza toda restricción de los derechos individuales de propiedad y requiere un orden económico capitalista.

En este caso, no se trata que el mercado conduzca a buenos resultados sino que el mercado es el resultado del ejercicio de derechos básicos de la persona. Esto presupone que existen reglas para la adquisición y transmisión de la propiedad cuyos resultados tienen que ser aceptados, no tanto porque ellos sean buenos, sino porque las reglas son correctas. La necesidad moral del mercado no está pues vinculada a consideraciones causales.

II

En el caso de los enfoques pragmáticos, si llega a demostrarse que no se da la relación causal necesaria entre el establecimiento del mercado y la libertad de elegir o la promoción de la eficiencia, quien adopte la vía de la justificación pragmática tendrá que estar dispuesto a aceptar ciertas limitaciones que resultan del carácter contingente de sus méritos. En cambio, en el enfoque deontológico, el mercado parece estar inmunizado frente a la crítica ya que el consenso sería el criterio de la verdad ética o la corrección del procedimiento tendría prioridad ética sobre los resultados.

Veamos más de cerca la defensa presentada.

Con respecto a I a) y el teorema de Coase:

Un aspecto relevante en este teorema es lo que podría llamarse versión radical de la *commodifying of rights*, es decir, considerar que los derechos son factores de producción y, por lo tanto, pueden ser intercambiados, vendidos y comprados.

La versión de Coase conduce a ignorar el principio liberal en el que con tanto vigor insistiera Mill, es decir, el principio de daño a terceros. La tesis de Coase afirma que si la distribución de derechos no afecta la optimalidad del mercado, entonces es indiferente para la formulación de políticas quién sea el autor del daño originario¹³.

¹³ Cfr. Ken Hanly, «The Problem of Social Cost: Coase's economics versus ethics» en *Journal of Applied Philosophy*, Vol. 9, 1, 1992, págs. 77-83, pág. 79.

Lo relevante sería el costo que la prevención del daño puede causar en los mecanismos de producción. Es obvio que de esta manera es posible justificar las formas más radicales de explotación y llegar a la situación éticamente grotesca de la puesta en duda de toda autodefensa hasta tanto se hayan aclarado los costos de producción que ella implica.

Sobre los argumentos de la eficiencia pesan, en general, todas las objeciones que se han hecho valer en contra de los argumentos utilitaristas: desde el no tomar en cuenta la individualidad y separabilidad de las personas hasta la imposibilidad de dar una solución satisfactoria al problema de las llamadas «conductas parasitarias». Tiene razón Georg H. von Wright cuando afirma:

La posibilidad de añadir a las bendiciones del reino de la justicia las ventajas de una acción injusta, dicho brevemente: la posibilidad de aquello que hemos llamado acción parasitaria, constituye un importante sentido en el cual puede decirse que la justicia y la moralidad carecen esencialmente de una justificación utilitarista¹⁴.

Con respecto al argumento I b):

Una explicación parcial de la relación entre mercado y democracia se debe, como observa James Fishkin a la

contingencia histórica de que las exigencias de libertad política y de ciertas libertades económicas surgieron juntas. Sin embargo, esta explicación contingente deja abierta la posibilidad teórica de que las libertades políticas puedan ser separadas de las libertades económicas vinculadas con el mercado...¹⁵

El caso de Chile bajo Pinochet sería un buen ejemplo al respecto.

Las relaciones entre mercado y democracia son posiblemente más complicadas que lo que supone Friedman. Juan Linz ha observado:

No debe olvidarse que en muchas democracias casi la mayoría de la población estaba a favor, en principio, de una economía socializada¹⁶.

¹⁴ Georg H. von Wright, *The Varieties of Goodness*, Londres/Nueva York 1963, pág. 215.

¹⁵ Cfr. James S. Fishkin, *Democracy and Deliberation*, Yale University Press, New Haven/Londres 1991, pág. 69.

¹⁶ Juan Linz, «Transition to Democracy» en *Washintong Quarterly*, Summer 1990, págs. 143-164, pág. 157, citado por James Fishkin, *Op. cit.*, pág. 71.

El caso de Nicaragua puede ser considerado como un ejemplo de un intento de conciliar la democracia con un tipo de economía socialista. Hasta qué punto el fracaso de este experimento se debió a causas intrínsecas vinculadas con la relación entre mercado y democracia o a la influencia de factores externos es algo que puede ser aquí dejado de lado. Lo que sí parece claro es que, dado el fracaso de los sistemas socialistas del Este de Europa, como observa Linz, las democracias que no desean o no pueden moverse hacia el socialismo se verán reforzadas en su posición.

Tampoco conviene olvidar que la democracia no es una garantía del éxito económico en el mercado ni las crisis económicas prolongadas en sistemas de mercado traen consigo necesariamente el derrumbe de la democracia. Es verdad que la crisis económica de los años treinta contribuyó a la caída de la República de Weimar pero, en Noruega o en Holanda, donde la desocupación era mayor que en Alemania, la democracia salió fortalecida: «El grado de legitimidad democrática fue más decisivo que la crisis económica»¹⁷.

Como lo ha señalado Owen Fiss¹⁸ un sistema económico que dispersa el poder, como lo hace el mercado, es más coherente con el ideal de la responsabilidad ciudadana que aquél que concentra el poder en unos pocos. Es verdad que en el mercado el poder es dispersado pero, no es claro que esta dispersión se realice de la misma manera como lo requiere la democracia: una persona, un voto:

En un mercado competitivo, puede suceder que ninguna empresa sea capaz de dictar las políticas al gobierno pero... varias empresas operando en un mercado pueden hacer sentir su poder sobre el gobierno de forma tal que éste tenga que renunciar a las políticas que hubiese elegido bajo las condiciones igualitarias y universalistas que informan el ideal democrático. Un poder difuso es deseable y el mercado puede lograr esta difusión pero, no hay que suponer que en el mercado el poder es distribuido a todos y en los mismos términos¹⁹.

El poder económico que confiere el mercado a determinados grupos sociales puede afectar gravemente la igualdad fáctica de

¹⁷ Cfr. Juan Linz, *Op. cit.*

¹⁸ Cfr. Owen Fiss, *A desperate Remedy*, manuscrito inédito.

¹⁹ Cfr. *Ibidem*, pág. 14.

las personas hasta el punto de volver irrelevante la igualdad jurídica, favoreciendo la influencia de los económicamente poderosos en la toma de decisiones de legisladores y jueces. La relación entre mercado y democracia es, pues, menos directa y necesaria que lo que parecen suponer los partidarios incondicionados del mercado.

Por lo que respecta a la tesis según la cual «cuanto menor Estado tanta mayor libertad individual», Hans Peter Müller²⁰ ha demostrado con argumentos convincentes que, aun cuando se acepte una posición como la de Robert Nozick, más plausible resulta la tesis de Durkheim según la cual *Plus l'Etat est fort, plus l'individu est respecté*. La idea de Durkheim es que la institución Estado fuerte está en condiciones de defender mejor la libertad individual si está enmarcada dentro de ciertas condiciones. A ellas me referiré más adelante, en III.

Con respecto a I c):

Según Allan Gibbard (26-27):

Los bellos resultados de la mano invisible se producen sólo si se dan ciertas condiciones idealizadas: que todo lo que importa en la vida procede del consumo privado de bienes; que la información es perfecta, los bienes infinitamente divisibles y los agentes económicos perfectamente racionales.

En los mercados reales, no se dan estas condiciones idealizadas: los costos de las transacciones no son nunca iguales a cero sino que hay que tener en cuenta los costos de comunicación, información y de control jurídico. Estos últimos resultan del propio comportamiento de los individuos en el mercado real y de la creación del Estado, aun en la forma mínima del Estado protector de Buchanan o de Nozick. Y hay que tomar en cuenta, desde luego, la cuestión de las llamadas externalidades, es decir, de los efectos negativos o positivos con respecto a terceros que no participan en

²⁰ Cfr. Hans-Peter Müller, «Markt, Staat und individuelle Freiheit» en Lucian Kern y Hans-Peter Müller (comps.), *Gerechtigkeit-Diskurs oder Markt?*, Opladen 1986, págs. 127-148.

una transacción. La existencia de estas externalidades parece requerir una intervención del Estado mucho más amplia que la que podría aceptar un defensor neoliberal del mercado. La propuesta de solución de Coase con respecto a la externalidad negativa de la fábrica contaminante no parece satisfacer requisitos mínimos de justicia. Las externalidades negativas del mercado se manifiestan también -como lo ha observado Carlos S. Nino²¹- en la producción de los bienes públicos y en el problema de los *free riders* (colados o gorriones):

Todas estas fuentes de ineficiencias del mercado parecen justificar una amplia intervención estatal, para superar los costos de transacción, superar la falta de información, reprimir los monopolios, establecer límites a la acción mediante penas, impuestos o servicios públicos para impedir los efectos de las externalidades positivas y negativas y permitir la provisión de bienes públicos...²²

Como es sabido, la palabra «impuestos» provoca la pesadilla de los neoliberales a la Nozick debido a su carácter redistributivo. Ser contribuyente significa para Nozick convertirse en esclavo del Estado por un determinado número de días al año. El paso de un Estado mínimo a un Estado máximo con funciones redistributivas sería moralmente inaceptable. En la etapa final del Estado mínimo de Nozick, aparecen dos tipos de miembros: los que pueden ser denominados «miembros plenos» y los «miembros de segunda clase», incorporados mediante
l a indemnización del pago de sus pólizas de protección. La cuestión que se plantea es la de saber si ésta es una situación definitiva o tan sólo transitoria. Para que fuera definitiva, habría que aceptar que los miembros de segunda clase pueden convertirse en *free riders* profesionales: gozarían de las ventajas de la seguridad y de los servicios públicos sin pagar la cuota como miembros plenos. Por supuesto que los miembros de segunda clase tienen interés en seguir siendo *free riders*; la cuestión es saber si tienen derecho para ello. Según Nozick, la asociación es la que produce la seguridad y, por lo tanto, de acuerdo con la concepción lockeana de la propiedad (que el propio Nozick

²¹ Cfr. Carlos S. Nino, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires 1992, pág. 373.

²² *Ibidem*.

acepta), esta seguridad es propiedad de la asociación y ésta tiene un derecho exclusivo a su control. La asociación no ha enajenado esta propiedad (la seguridad) a pesar de que ha garantizado su posesión a los miembros de segunda clase. Por lo tanto, de acuerdo con el principio de enajenación injusta de Nozick, los miembros de segunda clase perjudicarían a la asociación si no le pagan el servicio prestado. Como la póliza de miembro pleno es más barata que los beneficios de seguridad que reciben, los miembros de segunda clase optarán, si son racionales, por convertirse en miembros plenos. El razonamiento vale también para el caso de los impuestos y la provisión de bienes públicos. El pago de estos impuestos es el equivalente en dinero de los bienes producidos por el gobierno: «Negarse a pagar impuestos no es quedarse con lo que a uno le pertenece sino retener lo que pertenece a otro»²³. El rico, en la versión de Nozick, podría estar dispuesto a correr con los gastos de la producción de bienes públicos sólo como un acto de caridad o supererogatorio. Otro es el enfoque aquí propuesto: el rico no puede aducir que la redistribución es inherentemente injusta ya que se trata de una propiedad que no le pertenece. El rico tiene su posesión como resultado de la actividad productiva del gobierno. Y como la mayoría de los esquemas redistributivos dejan en manos del rico «una parte desproporcionada de la riqueza producida por el gobierno, no sería racional para él abandonar la asociación aun cuando sea gravado fuertemente por los impuestos. Abandonarla significaría renunciar a todo en lugar de a una parte de lo que deriva de la actividad gubernamental»²⁴.

Con respecto a I d):

Allan Gibbard ha observado, en mi opinión con razón, que lo que se necesita para que cada cual pueda elegir diversos cursos de vida es, desde el punto de vista económico, por lo pronto, un sistema de precios. Pero un sistema de precios no tiene por qué surgir únicamente de un sistema puro de intercambio libre.

²³ Cfr. Michael Davis, «Nozick's Argument for the Legitimacy of the Welfare State» en *Ethics* 97 (abril 1987), págs. 576-594, aquí 592. El razonamiento aquí expuesto sigue la línea argumentativa de Davis.

²⁴ *Ibidem*, pág. 394.

También existe este sistema en economías controladas estatalmente. Además, la puesta en práctica de la forma de vida elegida no depende exclusivamente del sistema de precios sino también de la capacidad adquisitiva de las personas y ello es algo que un sistema puro de mercado no puede asegurar.

La insistencia unilateral de Friedman o de Machan en el valor de la libertad negativa se basa en la creencia de que sólo existen deberes negativos y que todo deber positivo implica la imposición de un acto supererogatorio. Sobre este punto volveré más adelante.

Con respecto a II a):

Por lo que respecta al teorema directo, no cuesta mucho encontrar situaciones en las que puede estar asegurado un equilibrio competitivo y que, sin embargo, sean inaceptables desde el punto de vista ético.

La debilidad ética del teorema directo puede ser explicada desde diversos enfoques. Uno de ellos consiste en afirmar que ella es la consecuencia de considerar que el consenso fáctico es una instancia definitiva suprema de lo bueno. Tiene razón Buchanan cuando afirma que no conviene jugar a ser Dios en el campo de la ética; pero, de aquí no se infiere que la única alternativa sea el recurso al consenso fáctico.

Francisco de Vitoria, tan celoso de la defensa del principio de no intervención y de los valores de las culturas extra-europeas observaba con razón al referirse a los sacrificios humanos supuestamente practicados en México:

... no es obstáculo el que todos los indios consientan en tales leyes y sacrificios, y que no quieran en esto ser defendidos por los españoles. Pues no son en esto dueños de sí mismos ni tienen derecho a entregarse a sí mismos y a sus hijos a la muerte²⁵.

También en casos menos graves que éstos, no hay duda que el consenso fáctico y la satisfacción del teorema directo puede con-

²⁵ Cfr. Francisco de Vitoria, *Relectio de Indiis*, Madrid 1967, pág. 94.

ducir a situaciones aberrantes como la que el propio Buchanan presenta:

La eliminación completa de otras personas puede no ser, sin embargo, el curso de acción preferido por quienes poseen capacidades superiores. Una situación que goce de mayor preferencia puede ser aquella en la cual a quienes son «débiles» se les permite que realicen esfuerzos para producir bienes, de los cuales después los «fuertes» se apoderan... para su propio uso. En esta situación, el contrato de desarme que es negociado puede ser similar a un contrato de esclavitud en el cual el «débil» produce bienes para el «fuerte» a cambio de conservar algo más que la mera subsistencia, que no puede ser posible en la situación de anarquía. Un contrato de esclavitud, al igual que los otros contratos, define derechos individuales y, en la medida en que esta asignación es mutuamente aceptada, es posible asegurar ganancias mutuas de la reducción consiguiente de los esfuerzos de defensa y depredación²⁶.

Estos casos sugieren ya la necesidad de fijar límites a la introducción de bienes en el mercado. El juego mercantil requiere, por su propio mecanismo, la eliminación de ciertos bienes a fin de que no termine anulándose a sí mismo. La práctica de la actividad mercantil tiene, en este sentido, una cierta afinidad conceptual con la práctica de la tolerancia: así como uno puede ser tolerante sólo si la tolerancia tiene sus límites en lo no tolerable, así también sólo se puede mantener la actividad mercantil si se acepta que algunas cosas no pueden ser objeto de transacción en el mercado.

Otra forma complementaria de considerar el teorema directo es afirmar que plantea problemas con respecto al valor de la igualdad. Ciertamente, como ha observado Sen, el hecho de que tal sea el caso, no es argumento suficiente para desecharlo pero, si

el teorema directo ha de ser considerado como uno de gran relevancia ética, se nos tiene que decir algo más acerca de la *irrelevancia moral general* de la desigualdad de bienestar o acerca del caso moral de las desigualdades particulares que contingentemente ocurrirían en cada caso²⁷.

²⁶ *Ibidem*, págs. 59 s.

²⁷ Sen, *Op. cit.*, pág. 10.

Una tercera forma de considerar esta cuestión sería seguir la sugerencia de Brian Barry y establecer una distinción entre el principio de Pareto y los principios liberales. Aquél se referiría a la bondad de un estado de cosas y estos últimos a los derechos que deben ser asignados a los individuos. El no haber tenido en cuenta esta distinción sería la causa de inferencias apresuradas y de no pocos malos entendidos²⁸.

El teorema converso deja abierta la posibilidad de establecer condiciones aceptables éticamente para el ingreso al mercado. Una vez aseguradas éstas, podría el mercado funcionar sin intervenciones políticas. Esta versión es, desde luego, más aceptable que la del teorema directo pero, ello se debe justamente a que el mercado queda sujeto a restricciones iniciales. Esta es la posibilidad que también tuvo en cuenta posteriormente Buchanan, quien no sólo admitía en este caso la relevancia del punto de partida de la negociación en el mercado sino también medidas redistributivas:

En la medida en que los jugadores entran en el juego en condiciones aproximadamente iguales y tienen la oportunidad de jugar de acuerdo con las mismas reglas, las reglas son equitativas en un sentido muy fundamental y básico... Pero, los preceptos de equidad, interpretados más extensivamente, pueden sugerir alguna *redistribución* post-producción. Es decir, aun si los valores esperados de todas las participaciones de ingreso deben ser iguales *ex ante*, la distribución actual de las participaciones *ex post* puede presentar una diferencia tal como para que esté impuesto su rechazo por razones contractuales²⁹.

El problema que se plantea aquí es el de saber cuál es la distribución correcta inicial. Para esto haría falta tener información acerca de lo que Buchanan llama el *make up* psicológico de cada cual (gustos, preferencias) y la capacidad productiva de cada cual. Si se trata de personas egoístas, no es plausible suponer que ellas estén

²⁸ Cfr. Brian Barry, «Lady Chatterley's Lover and Doctor Fischer's Bomb Party: Liberalism, Pareto Optimality, and the Problem of Objectionable Preferences» en del mismo autor, *Liberty and Justice*, 2, Oxford 1991, págs. 78-109, pág. 95.

²⁹ James Buchanan, *Liberty, Market and State*, Oxford University Press 1986, pág. 136.

dispuestas a proporcionar esta información si es que saben que con ello pierden sus ventajas en el juego mercantil. Para obtener ventajas del teorema converso, quien distribuye las dotaciones iniciales tendría que ser omnisapiente. Por ello sostiene Gibbard (siguiendo a Dworkin) que el problema de la justicia económica se convierte en un problema de seguros: como la vida es insegura, una persona prudente debe procurar asegurarse frente a las grandes calamidades de la vida. Esto está ya muy lejos del Estado mínimo propuesto por el neoliberalismo.

III

Llegados a este punto, podría pensarse que, en realidad, no existen buenos argumentos para defender la institución del mercado y que lo más conveniente sería abandonar todo intento de justificación. Esta sería, por cierto, una conclusión falsa. La vía que pienso debe seguirse consiste en dos pasos.

El primero es el abandono de los intentos de justificación deontológicos. No es que el mercado sea algo bueno en sí mismo sino que su valor depende de los bienes primarios que permite alcanzar o garantizar. Como toda institución social, su mérito o demérito depende de relaciones causales. El valor del mercado es un valor instrumental. Ello nos remite al primer tipo de justificaciones consideradas. Pero, dadas las objeciones formuladas contra ellas, la cuestión debe ser enfocada como un asunto de grado y no de todo o nada.

Para facilitar el diálogo con quienes abogan por la institución del mercado, aceptaré, al igual que ellos, la concepción de que la autonomía de la persona y su manifestación en actos voluntarios son bienes primarios que sólo están garantizados si se los enmarca políticamente dentro de un sistema democrático-representativo. Dicho con otras palabras: nuestras premisas son las mismas. Si las conclusiones difieren es porque, en mi opinión, los neoliberales se quedan a medio camino, es decir, no extraen todas las consecuencias contenidas en las premisas.

Este quedarse a medio camino se debe a que los neoliberales tienen graves problemas con la aceptación de los siguientes puntos por lo que respecta a la relación entre mercado y democracia:

- a) Tanto la democracia representativa como toda actividad mercantil éticamente aceptable presuponen la existencia de una sociedad homogénea.
- b) Si se acepta la existencia de deberes negativos, hay que aceptar también la existencia de deberes positivos. No existen diferencias conceptuales relevantes entre acción y omisión.
- c) Existen formas de paternalismo éticamente justificables.

El segundo paso que propongo está vinculado con estas tres cuestiones.

Con respecto a a): La idea de la necesidad de una sociedad homogénea como presupuesto de la democracia representativa no es nueva: ha sido sostenida, desde distintas perspectivas, por Edmund Burke, Hermann Heller y, también, por Carl Schmitt. No es este el momento de analizar estas posiciones. Aquí tan sólo me limitaré a proponer una definición de sociedad homogénea:

Una sociedad es homogénea si y sólo si sus miembros tienen la posibilidad de ejercer los derechos vinculados con la satisfacción de sus necesidades básicas.

El conjunto de estos derechos constituyen lo que he llamado en otros trabajos «coto vedado». Por ser un prerrequisito de la democracia representativa, estos derechos no pueden ser objeto de la negociación y el compromiso. El hecho de que estos derechos no puedan ser objeto de decisiones mayoritarias evita la llamada paradoja de la democracia: sólo si se admite que absolutamente todo puede ser objeto de decisión mayoritaria, se llega a la conclusión de que está éticamente permitido que la democracia se anule a sí misma a través de la decisión de la mayoría. Pero, esto significaría confundir la clara distinción kelseniana entre «principio de la mayoría» y «dominio de la mayoría». La concepción de un «coto vedado» exige la inalienabilidad de ciertos derechos, es decir, fija los límites del consenso fáctico.

Si se admite, como creo que es correcto, que el mercado es el ámbito del consenso éticamente aceptable, es obvio que no todo puede ser objeto de la negociación mercantil. También un autor tan afecto al mecanismo del mercado, como John Stuart Mill, excluía la posibilidad de llevar a él la libertad individual y la celebración de contratos de esclavitud. El respeto a los deseos de

las gentes no es siempre la mejor vía para asegurarles su bienestar. Dicho con palabras de Brian Barry:

Aunque, en general, la gente puede estar mejor ella misma (es decir, lograr resultados más preferidos) si es legalmente libre para desplegar sus derechos de la manera que ella quiera, hay algunos casos en donde ella puede lograr un resultado más preferido si sus derechos están restringidos de forma tal que se le impida renunciar a sus derechos o intercambiarlos en determinados términos³⁰.

Cuando en una democracia no existen limitaciones al consenso mayoritario, su destrucción es inevitable. Algo parecido ocurre en el mercado: si no se fijan límites a los bienes que pueden ser llevados al mercado, dadas las diferencias de capacidades, talentos y habilidades de quienes intervienen en la actividad mercantil, su propio dinamismo, librado a sí mismo, conduce a la eliminación de los participantes y al establecimiento de monopolios. Esta restricción es justamente la que establece la idea del coto vedado.

Con respecto a b): Como es sabido, existe una ya larga polémica acerca de la equiparación de los deberes negativos generales con los deberes positivos generales. Para estos últimos, deseo proponer la siguiente definición:

Deberes positivos generales son aquellos cuyo contenido es una acción de asistencia al prójimo que requiere un sacrificio trivial y cuya existencia no depende de la identidad del obligado ni de la del (o de los) destinatarios (s) y tampoco es el resultado de algún tipo de relación contractual previa.

La existencia de deberes negativos generales es una de las características del llamado «estado de naturaleza» en su versión lockeana, cuya superación es el punto de partida de la justificación del Estado liberal. El objetivo de esta superación era la eliminación de la inseguridad social provocada principalmente por la vulnerabilidad humana, el altruismo limitado y la limitación de recursos. La propuesta de solución fue la institucionalización de deberes positivos especiales reducidos a las funciones de la policía

³⁰ Cfr. Brian Barry, *Op. cit.*, pág. 87.

y del juez. Hasta qué punto esta vía fue insuficiente lo demuestra la historia de las crisis del Estado liberal en su versión restringida de conjunción de deberes negativos generales y deberes positivos especiales. La necesidad de ampliar el campo de los deberes positivos dio origen así al Estado social de derecho.

Lo relevante es que la justificación de los deberes negativos generales es la misma que la de los deberes positivos generales: la protección de bienes que se consideran valiosos. Si se acepta que los deberes negativos son impuestos para la protección de bienes necesarios para la realización de cualquier plan de vida y se está de acuerdo en que se puede dañar por omisión, es obvio que las razones que valen para la implantación de los deberes negativos valen también para los positivos. Esto es lo que Leibniz llamaba el principio de equidad, es decir, de identidad o de igualdad de razones. La negación de este principio conduce a una fatal contradicción. Quien coherentemente desee negar la justificabilidad de los derechos positivos generales no puede limitarse a negar el Estado social de derecho; tiene que ir más lejos y afirmar como Benjamin Hart y Charles Murray: «Al igual que la izquierda de los años sesenta, nosotros exigimos: destruid el Estado»³¹. Si, en cambio, desea proteger la autonomía individual y los bienes primarios que permiten su desenvolvimiento, no puede darse por satisfecho con la mera imposición de los deberes negativos.

Por ello es que la distinción entre libertad negativa y libertad positiva, en la que suelen insistir los neoliberales, es falsa. Equiparar la protección de la salud a la conservación de monumentos es una aseveración no sólo moralmente inaceptable sino falsa por violar un principio elemental de coherencia.

Vistas así las cosas, también una democracia representativa que pretenda legitimidad ética tiene que imponer el cumplimiento de deberes positivos generales como prerrequisito a la negociación y al acuerdo parlamentario y mercantil. Esto significa también adoptar una actitud más cautelosa con respecto al derecho de propiedad, sobre todo en su versión extrema, por lo que respecta a su vinculación con la libertad individual de los miembros de una sociedad.

³¹ Cfr. el Semanario *Die Zeit*, No. 8 (1985), pág. 35.

Con respecto a c): El otro fantasma al que temen los neoliberales es el paternalismo. En la literatura especializada sobre este tema existe una enorme confusión que se extiende desde la equiparación del paternalismo con el autoritarismo hasta la sinonimia entre paternalismo y perfeccionismo moral. También con respecto al paternalismo éticamente justificable deseo proponer una definición:

Un paternalismo está éticamente justificado si a) el destinatario de la medida paternalista es un incompetente básico y b) la medida paternalista tiene por objeto evitar un daño a su destinatario y no se realiza con intención de manipularlo.

La conjunción de estas dos condiciones, empírica la una y normativa la otra, garantiza la justificabilidad ética de un paternalismo que puede contribuir a superar las desigualdades individuales y a promover el ejercicio de los derechos del coto vedado.

Estos tres elementos: coto vedado, deberes positivos generales y paternalismo éticamente justificado pueden servir de marco a la libre práctica de la actividad mercantil. Amartya Sen ha señalado con razón que la

especificación del mecanismo del mercado es una especificación esencialmente incompleta de un arreglo social. Aun en el mecanismo de mercado más puro, perfectamente competitivo, no estamos en condiciones de entender exactamente lo que sucederá hasta que no sepamos algo más acerca del resto de los arreglos sociales, en particular la distribución de dotaciones y de la propiedad de los recursos³².

Aquí he tratado de especificar los arreglos sociales que considero necesarios para la aceptación ética del mecanismo del mercado. Propongo llamar a estos arreglos las «circunstancias del mercado».

La aceptación de este enfoque puede permitir evitar caer en la falacia de establecer alternativas absolutas: por un lado el mercado

³² A. Sen, *Op. cit.* pág. 13.

incontrolado y por el otro el autoritarismo rampante. Esta posición maniquea parece estar presente en algunas afirmaciones de Hayek cuando contrapone la dirección de «todas nuestras actividades por un único plan» a los «esfuerzos espontáneos e incontrolados de todos los individuos», a «las fuerzas espontáneas que se encuentran en una sociedad libre», al «mecanismo impersonal y anónimo del mercado»³³.

La cuestión no es de todo o nada sino del hasta dónde. Dicho con otras palabras: qué es lo que puede ser objeto de transacción en el mercado. Mi respuesta es que al mercado pueden llevarse todos los bienes que no estén incluidos en el coto vedado. En la actividad mercantil vale como instancia última el acuerdo de las partes siempre que no se trate de incompetentes básicos y se respeten no sólo los deberes negativos sino también los positivos. Estos dos últimos elementos no hay duda que refuerzan el poder de control del Estado. Pienso que ésta podría ser una interpretación plausible del *dictum* de Durkheim: no es el Estado gendarme el que mejor protege la autonomía y la libertad individuales.

Si esto es así, llego ahora a una conclusión final si se quiere trivial: porque el mercado es el ámbito de la negociación y el compromiso es obvio que sólo vale para lo que es negociable y acordable. Y lo negociable y acordable no puede ser decidido en el mercado sino que requiere la aceptación de un sistema normativo superior. Este es el de la justicia como virtud social. Sólo desde él pueden formularse los arreglos institucionales que confieren calidad moral al instrumento del mercado. Quien pretenda invertir el razonamiento e inferir valores morales de la actividad incontrolada del mercado habrá de perder su cabeza bajo la guillotina de Hume.

³³ Cfr. Alan Haworth, «Capitalism, Freedom and Rhetoric: a reply to Tibor R. Machan» en *Journal of Applied Philosophy*, Vol. 6, N° 1, 1989, págs. 97-106, nota 6.