

El sin sentido de Pareto: llevando a Coase más lejos (*)

Guido Calabresi (**)

Decano y Stearling Professor of law
en Yale Law School.

Hace unos cincuenta años, en un artículo similar titulado «La Naturaleza de la Empresa» (*The Nature of Firm*), un joven socialista llamado Ronald Coase buscó explicar la existencia de las empresas, organizaciones dentro de las cuales el mercado era reemplazado por jerarquías y poderes^{(1)(****)}. Veinticinco años después, en «El Problema del Costo Social» (*The Problem of Social Cost*), Ronald Coase, por entonces un libertario de edad madura, indicó cómo los mercados podían reemplazar estructuras planificadas^(****) para beneficio de aquellos que los organizaban⁽²⁾. Hace cinco

años, en una conferencia por el quincuagésimo aniversario de «La Naturaleza de la Empresa», el profesor Coase describió la revelación que le permitió explicar la existencia de las empresas, de la siguiente manera:

«La solución fue darse cuenta que existían costos de realizar transacciones en una economía de mercado y que era necesario incorporarlos en el análisis. Esto no había sido hecho en la economía de aquel tiempo ni, puedo agregar, lo es en la mayoría de la teoría económica de hoy en día»⁽³⁾.

Quizás debido al socialismo de Coase, «La

(*) El presente trabajo ha sido traducido y reproducido con expresa autorización de su autor y de The Yale Law Journal. El artículo fue originalmente publicado en The Yale Law Journal. Vol. 100, marzo 1991, pp.1211-1237, bajo el título The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further.

La traducción es de Carlos A. Patrón Salinas con la colaboración de María Inés Vázquez Rossi y José Jiménez Rodríguez. En la traducción se ha respetado el sistema de citas a pie de página empleado por el autor.

Agradecemos al Profesor Alfredo Bullard González por haberlo cedido para su publicación y por sus valiosos comentarios al momento de su traducción.

(**) Al momento de escribir el artículo, Decano y *Stearling Professor of Law*, Yale Law School. Este artículo es el primero de una serie que espero se conviertan finalmente en un libro. Una versión inicial de partes de ese libro formaron The Thomas M. Cooley Lectures que dicté en la Escuela de Derecho de la Universidad de Michigan entre el 22 y 24 de Octubre de 1979, bajo el título Nonsense on Stilts?: The New Law and Economics Twenty Years Later. Otras partes, incluyendo algunas revisiones de las primeras lecturas, fueron la base de The Julius Rosenthal Lectures titulados Beyond the New Economical Analysis of Law, que dicté en la Escuela de Derecho de la Universidad de Northwestern del 4 al 7 de Noviembre de 1984. El núcleo de este artículo fue presentado como una ponencia en una conferencia celebrando el 50 aniversario de la publicación del artículo de Ronald Coase, *The Nature of the Firm*. Ver infra nota 1. Muchas de las otras ponencias dadas en esa conferencia, incluyendo tres del profesor Ronald Coase, fueron publicadas en 4 J.L. Econ. & Org. (1988).

Estoy agradecido a mis colegas Bruce Ackerman, Jules Coleman, Robert Ellickson, Henry Hansmann, Jay Katz, Jerry Mashaw, Roberta Romano, Susan Rose-Ackerman, Peter Schuck y Alan Schwartz, quienes leyeron y comentaron este artículo. Cualquier error que permanezca es, por supuesto, propio.

(1) COASE, *The Nature of the Firm*, 4 *Economica* 386 (1937). En sus comentarios en una conferencia conmemorando el 50 aniversario de *The Nature of the Firm*, realizada en la Universidad de Yale, el profesor Coase mencionó que él era socialista cuando escribió ese artículo. En la versión publicada de sus comentarios en la conferencia de Yale, sin embargo, Coase menciona que, siendo socialista cuando decidió por primera vez estudiar economía, su «acercamiento básico» en *The Nature of the Firm* fue dado a él por las enseñanzas de Arnold Plant. COASE, *The Nature of the Firm: Origin*, 4 J.L. Econ. & Org. 3, 5, 7 (1988) (en adelante Coase, Origin). Él luego señala que nunca sintió la necesidad de reconciliar sus simpatías socialistas con una aceptación del acercamiento de Plant: «En mi caso mi visión socialista murió rápidamente sin un signo obvio de rechazo.» Id. en 8. Así, en la versión publicada de la ponencia en esa conferencia, Coase sugiere que quizá no era muy socialista cuando escribió *The Nature of the Firm*.

(**) Nota de traducción: *hierarchy and command*

(****) Nota de traducción: *hierarchy and command structures*

(2) COASE, *The Problem of Social Cost*, 3 J.L. & Econ. 1 (1960).

(3) COASE, Origin, *supra* nota 1, en 17. Para una compilación de algunos de los primeros ensayos de Coase e interesante material nuevo también ver COASE, *The Firm, the Market and the Law* (1988).

Naturaleza de la Empresa» enfatizó los costos de los mercados y señaló que cuando estructuras distintas al mercado^(*) (v.gr., centralmente planificadas) podían lograr los resultados deseados a menor costo, las personas se organizarían en tales estructuras -por ejemplo, empresas o incluso gobiernos- a fin de alcanzar aquellos resultados. Quizás debido a que Coase se había convertido en un libertario, «El Problema del Costo Social» enfatizó los posibles beneficios de los mercados. Señaló que cuando los costos de transacción no eran prohibitivos, las personas realizarían transacciones creando mercados, no sólo para evadir «ineficientes» estructuras planificadas, sino también para llenar el vacío dejado por la ausencia de relaciones de mercado o de poder preexistentes. Como lo reconoció el profesor Coase, el principio subyacente es el mismo⁽⁴⁾. Su importancia para la teoría económica no puede ser exagerada y ciertamente, aún no ha sido enteramente apreciada.

En este artículo, me gustaría tomar la revelación original de Coase, ver desde fuera de ella y colocarla en un contexto aún más amplio al que él utilizó hace unos treinta años en «El Problema del Costo Social». Deseo examinar qué sucede con la noción completa de eficiencia y específicamente con el concepto de optimidad de Pareto, si tomamos en serio la revelación de que «existen costos de realizar transacciones en una economía de mercado».

Mi tesis puede ser resumida de manera muy simple. Los costos de transacción (incluyendo problemas de racionalidad y conocimiento), no menos que la tecnología existente, definen lo que es actualmente alcanzable en cualquier sociedad: la frontera de Pareto. Implica que cualquier sociedad que está siempre en o llegará inmediatamente a un punto óptimo de Pareto dados los costos de transacción. Por lo tanto, ningún cambio en el *status quo* es posible sin, ya sea: (a)

perjudicar por lo menos a otro (haciendo inevitable tomar en cuenta consideraciones distributivas); o (b) intentar ampliar la frontera^(**) (en sí un arriesgado y costoso proceso que usualmente implica consecuencias distributivas). También implica que la distinción, frecuentemente realizada, entre remover ineficiencias (realizando movimientos hacia la frontera) e innovar (ampliando la frontera) es una dicotomía falsa. Una vez que reconozcamos esto, podremos concentrarnos de manera más clara en desarrollar una taxonomía de todos los tipos posibles de innovaciones, y así estar en una mejor posición para decidir cuáles valdría la pena perseguir.

1. LA SIMETRÍA ENTRE LOS SISTEMAS DE MERCADO Y DE PLANIFICACIÓN CENTRAL.

Mucho ha sido dicho respecto a por qué los economistas y abogados no aceptaron «La Naturaleza de la Empresa» por mucho tiempo, mientras que aceptaron «El Problema del Costo Social» a penas unos años después de su publicación⁽⁵⁾. Ciertamente «La Naturaleza de la Empresa» parecía requerir de los economistas un trabajo que a ellos, en su mayoría, no les gusta hacer. Estudios de los costos comparativos de sistemas de mercado y de no mercado no tenían el atractivo de la teoría de alto nivel^(***) para los economistas entonces, ni, como lo ha dicho Coase, lo tienen ahora⁽⁶⁾. Y el mundo era tal hace unos cincuenta años que los abogados, quienes podrían haber encontrado en este artículo un atractivo precisamente por el tipo de análisis comparativo institucional con el que muchos de los estudios legales de los Estados Unidos están interesados, no lo leyeron.

¿Por qué, entonces, fue «El Problema del Costo Social» tan bien recibido? Muchos economistas erróneamente creyeron que el artículo era una justificación

(*) Nota de traducción: *nonmarket structures*

(4) En la versión publicada de su conferencia en Yale antes mencionada, *supra* nota 1, Coase dijo que «la estructura del razonamiento era similar en ambos *The Nature of the Firm* y *The Problem of Social Cost*, pero que «los problemas que el concepto de costos de transacción solucionaban eran bastantes diferentes.» COASE, *The Nature of the Firm: Influence*, 4 *J.L. Econ. & Org.* 33-34 (1988).

(**) Nota de traducción: *shift/push the frontier outward*

(5) Ver *id.* en 34-35.

(***) Nota de traducción: *high theory*

(6) Ver *supra* el texto que acompaña la nota 3.

a favor de la primacía del mercado y de la ausencia de cualquier necesidad de Ley o de poder / planificación⁽⁷⁾. Como tal, no pareció requerir mucho trabajo en instituciones comparadas, sino sólo más y más, juguetes con procesos de mercado. Además, esta vez los abogados sí leyeron el artículo. Fue publicado en una revista fácilmente accesible a ellos y salió al mismo tiempo que otros escritos que, junto a él, hicieron de la economía un tema de sumo interés para los estudiosos del Derecho⁽⁸⁾. Y mientras los estudiosos del Derecho tampoco percibieron por completo su fuerza y astucia⁽⁹⁾, pronto lo vieron como una justificación de sus propios estudios comparativos respecto a cuándo los sistemas planificados (regulaciones o derecho penal), las aproximaciones mixtas (reglas de responsabilidad) o los regímenes de mercado (libre contratación) funcionaban mejor⁽¹⁰⁾.

Otra de las razones importantes por las que los abogados y economistas ignoraron «La Naturaleza de la Empresa» es la extraordinaria extensión de su revelación. Una completa comprensión de los **costos** y **posibles beneficios** de los mercados requiere que aceptemos algo que se opone a algunas de nuestras más elementales presuposiciones. Requiere que nos demos cuenta que ni los sistemas de organización de mercado ni los de no mercado son primarios; más bien, son dos aproximaciones que se relacionan de maneras extra-

ñamente simétricas mientras (a) las personas buscan la manera más eficiente (menos costosa) de estructurar sus relaciones, y, dado que ambas aproximaciones existen, (b) las personas intentan usar el poder (riqueza o autoridad) que cada aproximación les da para acumular los máximos beneficios para sí mismos. Obviamente, tanto las estructuras de mercado como las planificadas tienen consecuencias distributivas. En un régimen de mercado, algunos resultan más ricos y otros más pobres; en una estructura planificada, algunos tienen más poder y otros menos. Es igualmente claro que, en un régimen completamente de mercado, la riqueza constituye autoridad, y que, en una estructura completamente planificada, la autoridad deviene en riqueza. Igual de cierto, pero quizás menos evidente, es el hecho que en sistemas mixtos como el nuestro, las personas usan sus ventajas distributivas en un medio para compensar sus desventajas distributivas en otro, «alterando» o «corrompiendo» aquel otro medio. El uso del dinero para influenciar o «corromper» aquellos con autoridad es lo suficientemente fácil de comprender, ya sea a través de sobornos o contribuciones electorales. Pero igual, si hemos de fijarnos, es lo opuesto. El policía proverbial de ronda que toma una manzana de un puesto y no paga por ella, utiliza su autoridad para alterar o «corromper» el mercado. El

-
- (7) Ver e.g., CHEUNG, *The Structure of a Contract and the Theory of a Non-Exclusive Resource*, 13 *J.L. & Econ.* 49, 66-70 & n. 54 (1970); REGAN, *The Problem of Social Cost Revisited*, 15 *J.L. & Econ.* 427, 437 (1972); STIGLER, *The Law and Economics of Public Policy: Plea to the Scholars*, 1 *J. Legal Stud.* 1, 11-12 (1972).
- (8) El *Journal of Law and Economics* tuvo, por su temprano enfoque sobre el antimonopolio y temas conexos, una significativa audiencia entre los especialistas legales. Ver KITCH, *The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Economics at Chicago 1932-1970*, 26 *J.L. & Econ.* 163, 191-193 (1983). Contemporáneo a, e independiente de, la publicación de *The Problem of Social Cost* de Coase, yo publiqué *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, 70 *Yale L.J.* 499 (1961). Un tiempo después, en Italia, Pietro Trimarchi publicó *Rischio e Responsabilità Oggettiva* (1961). También se debe mencionar los escritos de Becker sobre derecho penal. Ver e.g. BECKER, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 *J. Pol. Econ.* 169 (1968). El profesor (ahora Juez) Richard Posner, en su distinguido libro *The Economic Analysis of Law*, data el nacimiento del nuevo análisis económico del derecho a la publicación de Coase y de mis artículos, y detalla las razones por las que fue tan rápidamente acogido. Ver R. POSNER, *The Economic Analysis of Law*, 19-20 (3a. ed. 1986). Por otro lado, él también nota algunas peculiaridades respecto a la aparición actual y las fechas de publicación de estos primeros artículos y la relación entre ambos. Ver POSNER, *The Economic Approach to Law*, 53 *Tex. L. Rev.*, 757, 759 n. 9 (1975). Esto, por supuesto, no quiere decir que trabajos anteriores sobre análisis económico del derecho no existan. Para una discusión de un ejemplo particularmente interesante, ver ENGLAND, *Victor Mataja's Liability for Damages from an Economic Viewpoint—A Centennial to an Ignored Economic Analyst of Tort*, *Int'l Rev. L. & Econ.*, 173 (1990).
- (9) Ver CALABRESI, *The Decision for Accidents: An Approach to Nonfault Allocation of Costs*, 78 *Hav. L. Rev.* 713, 730-731, nn. 28 & 30 (1965), corregido en CALABRESI, *Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules—A Comment*, 11 *J.L. & Econ.*, 67 (1968) (en adelante Calabresi, *Transaction Costs*).
- (10) Ver e.g., J. COLEMAN, *Crimes, Kickers and Transaction Structures, in Markets, Morals and the Law* 153, 157, 161-165 (1988); CALABRESI, *Torts—The Law of Mixed Society, in American Law: The Third Century*, 103, 116 n. 11 (B. Schwartz Ed. 1976), reimpresso en 56 *TEX L. REV.* 519, 525 n. 11 (1978); CALABRESI & MELAMED, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 *Harv. L. Rev.*, 1089, 1094 n.12 (1972); KLEROVICK, *On the Economic Theory of Crime, in Criminal Justice: Nomos XXVII*, 289, 300-304 (J. Pennock & J. Chapman eds. 1985); MICHELMAN, *Pollution as a Tort: A Non-Accidental Perspective on Calabresi's Costs (Book Review)*, 80 *Yale L. J.* 647-649, 666-686 (1971). Ver generalidades J. COLEMAN, *The Morality of Strict Tort Liability*, en: *Markets, Morals and the Law, supra*, en 166 (revisando varias justificaciones para sistemas de reglas de responsabilidad).

policía es débil en fondos, pero fuerte en autoridad y la utiliza para obtener barato lo que en dinero sería relativamente más costoso. A la inversa, el que soborna es débil en autoridad pero fuerte en riqueza y utiliza su riqueza para obtener lo que es asignado a través del poder en vez del mercado⁽¹¹⁾. La simetría es embrujante.

Coase, en sus grandes artículos, enfocó la simetría entre los sistemas planificados y de mercado donde el objeto era el establecimiento de maneras eficientes de alcanzar fines mutuamente deseados. He sugerido en el último párrafo que la misma simetría existe respecto a cuestiones distributivas. Ese será mi enfoque en subsecuentes artículos, en los cuales examinaré las consecuencias de la simetría entre aproximaciones planificadas y de mercado con mayor detalle en un mundo en el cual la optimidad de Pareto no es guía y las cuestiones distributivas no pueden ser, ni siquiera en teoría, evitadas. En este artículo, me concentraré en explicar por qué la optimidad de Pareto no puede ser una guía y las consecuencias de ese hecho.

2. LO QUE ES ES ÓPTIMO, HASTA QUE LO CAMBIAMOS.

Han escuchado decir que, si no existen costos

de transacción, cualquier punto de partida será, o inmediatamente y con consentimiento unánime conducirá a, un punto eficiente de llegada. (Esa es la antigua ley)⁽¹²⁾. Algunos han tomado esto como el significado central del trabajo de Coase. Pero, como lo demuestra «La Naturaleza de la Empresa», Coase sólo está preocupado con qué hacer dada la existencia de costos de transacción. Les digo que si la eficiencia es definida en términos de un estricto (o, como algunas veces es calificado, fanático) examen de Pareto⁽¹³⁾, cualquier punto de partida será, o inmediatamente conducirá a, un punto eficiente de llegada, **aun con costos de transacción** (¡esa es la nueva ley!).

¿Qué es el examen de Pareto? Es un simple requerimiento de unanimidad. Nos dice que una sociedad no está en su posición óptima si existe por lo menos un cambio que haría a una persona en esa sociedad estar mejor y ninguna persona en ella peor⁽¹⁴⁾. Dicho de tal manera, tiene enorme atractivo intuitivo. Si tuviese algo de fuerza, significaría que, por más bizarro o nefario que sean los puntos de partida originales y los gustos que definieron, y por más indignante que sea la distribución de riqueza o poder que nuestra ley creó o dio por sentada, las leyes existentes podrían, sin embargo, ser atacadas si no fueran óptimas en términos de

(11) Ver G. CALABRESI & P. BOBBITT, *Tragic Choices* 122-124 (1978) (discutiendo el rol de la corrupción en varios sistemas de asignación).

(12) COASE, *The Problem of Social Cost*, *supra* nota 2. Surge cierta confusión porque Coase parece decir que sin importar el punto de partida, ausentes los costos de transacción, se alcanza el mismo punto de llegada. Ver *id.* en 4-8; ver también CALABRESI, *Transaction Costs*, *supra* nota 9, en 67. Un sinnúmero de escritores acertadamente indican que ese punto de llegada no sería, de hecho, alcanzado, porque los puntos de partida determinan la riqueza, la riqueza afecta los gustos, y éstos «efectos de los ingresos» determinarían qué punto de llegada sería alcanzado. Ver, e.g., REAGAN, *supra* nota 7, en 433. Lo que Coase (y sus seguidores) claramente decían, sin embargo, era que, ausentes los costos de transacción, un punto de similar eficiencia habría sido alcanzado sin importar el punto de partida. Ver, e.g., CALABRESI & HIRSCHOFF, *Toward a Test for Strict Liability in Torts*, 81 *Yale L.J.* 1055, 1058 n.12 (1972). Esto es, en todos los casos se alcanzaría un punto que sería similar en lo que concierne a la eficiencia. Hay, por supuesto, un sin número de posiciones «eficientes». La posición que se alcance dependerá, entre otras cosas, de la riqueza y gustos subyacentes. Ver, e.g., G. STIGLER, *The Theory of Price* 33-41 (1966).

(13) Ver, e.g., DWORKIN, *Why Efficiency?: A Response to Professors Calabresi and Posner*, 8 *Hofstra L. Rev.* 563, 582 (1980).

(14) Yo uso «estar mejor» y «estar peor» en el sentido más amplio posible. Así, no sólo incluyo bienestar material, emocional y psicológico en esos términos, sino también lo que podríamos llamar preferencias y decisiones. Si yo prefiero el estado uno al dos porque creo que tu condición es peor en el estado dos, yo estoy, en el sentido en que uso las palabras, en peor situación en el estado dos, aún cuando tú no compartas mi punto de vista y aún si en las demás particularidades el estado dos podría ser más deseable para mí. Igualmente, si yo preferiría estar en el estado uno que en el dos porque creo que quienes mejorarían con el cambio al estado dos no lo merecen, entonces, en mi terminología, yo estoy peor en el estado dos que en el uno, cualesquiera sean las otras ventajas que el estado dos me ofrezca. Cfr. *infra* nota 36 (discutiendo que alcanzar metas distributivas a través de tributos generales o programas de ayuda social es inadecuado en parte porque las decisiones respecto a lo «que está mal» frecuentemente son mejor tomadas ante casos particulares).

Para una definición completa del óptimo de Pareto y movimientos superiores, ver J. COLEMAN, *Efficiency, Auction and Exchange*, en: *Markets, Morals and the Law*, *supra* nota 10, en 67-72, que señala que: «Una asignación de recursos es superior en términos de Pareto a una asignación alternativa si y sólo si nadie empeora por ella y por lo menos una persona mejora»; R. POSNER, *supra* nota 8, en 12, en la cual una transacción superior en términos de Pareto se define como una que logre que al menos una persona mejore y ninguna empeore; P. SAMUELSON & W. NORDHAUS, *Economics*, 966. (13a.ed. 1989), en la cual la eficiencia en términos de Pareto es definida como «un resultado económico en el que ninguna reorganización o contrato podría ocurrir de manera que aumentaría la utilidad o satisfacción de una persona sin disminuir la de otra». La prueba deriva de los escritos del gran economista italiano, Vilfredo Pareto (1848 - 1923). No queda claro que el propio Pareto creyera que la prueba tuviera un valor práctico como una guía normativa. C. POWERS, *Vilfredo Pareto* 143-144 (1987). El uso de aproximaciones, como el óptimo de Pareto, que tratan de hacer científica la economía y neutral a las valoraciones son más bien asociadas al celebrado economista inglés Lionel Robbins. Ver L. ROBBINS, *The Nature and Significance of Economic Science* (2a. ed. 1935).

Pareto. Como tal, parecería ser una guía normativa que los abogados, economistas y abogado-economistas podrían seguir para alcanzar una sociedad algo mejor. Aun si otros cambios que podrían perjudicar a unos y ayudar a otros y que en algún sentido podrían ser más importantes o deseables, fuesen posibles, nadie podría negar que los cambios tipo Pareto serían en sí deseables de ser perseguidos⁽¹⁵⁾. Y eso no sería una cosa pequeña.

Desafortunadamente, el conjunto de cambios superiores en términos de Pareto que harían que nadie empeore y que por lo menos una persona mejore debe *ex ante* ser un conjunto inválido. Porque si el criterio es uno estricto o fanático de Pareto, ¿por qué no se habría producido algún cambio que perteneciera al conjunto? Si, por definición, nadie sería perjudicado de modo alguno por el cambio, ¿por qué tendría alguien que objetarlo? La existencia de opositores *ex ante* en sí debe significar que existen algunas personas quienes -correcta o incorrectamente- creen que perderán algo por el cambio. Poniéndolo de otra manera: si la optimidad de Pareto significa un lugar donde ninguna mejora puede ser hecha sin que *ex ante* se cree la posibilidad de que existan algunos perdedores, entonces **siempre estamos** ahí. Y si un estricto examen de Pareto es la definición apropiada de eficiencia, entonces lo que es eficiente, aunque pueda ser sólo uno de muchos de tales arreglos⁽¹⁶⁾. Asimismo, permanecerá eficiente al menos hasta que un nuevo o mejor arreglo sea conocido y alcanzable sin perjudicar a nadie. Una vez que ello suceda, iremos ahí directamente, sin la necesidad de un montón de costosos abogados-economistas diciéndonos qué hacer. ¿Por qué habríamos de fracasar en movernos hacia lo que es unánimemente aceptable si tuviésemos el conocimiento y habilidad requeridos para hacerlo? ¿Por qué necesitaríamos a alguien que nos diga qué debemos hacer?⁽¹⁷⁾.

Esto no significa, por supuesto, que donde estamos es deseable. Ni significa que, como resultado del discurso político, o innovaciones económicas o tec-

nológicas, no nos podríamos encontrar en capacidad de concluir unánimemente que un cambio sería preferible. Estas son cuestiones muy diferentes, sobre las que muy pronto tendré mucho más que decir. Pero sí significa que el criterio de Pareto no es de ningún uso general como guía normativa.

Sería muy diferente si utilizáramos un criterio de Pareto menos estricto. Si definiéramos los movimientos superiores en términos de Pareto como aquellos que no perjudican a nadie **financieramente** y que mejoran a algunos financieramente, entonces no se desprendería que donde estamos es, *ex ante*, óptimo en términos de Pareto. Algunas personas pueden impedirnos realizar tales (pseudo) movimientos superiores en términos de Pareto porque, aunque tales movimientos no les afectan financieramente, serían moral o psicológicamente perjudicados por el cambio. De manera similar, un cambio que hiciera a los ricos más ricos y no más pobres a los pobres podría ser bloqueado por aquellos que criticaron una mayor «maldistribución» de la riqueza. Y un cambio que mejorase a los pobres, pero dejara a los ricos igual de ricos, podría ser exitosamente opuesto por aquellos que encontraron cualquier movimiento hacia un mayor igualitarismo despreciable. Finalmente, la envidia podría inspirar a algunos a objetar exitosamente un cambio que ayudara a otros, aunque no tocara a los objetores. Y aun otros podrían hacer lo mismo porque no objetar significaría dejar de lado una ficha de negociación, un reclamo sobre parte de las ganancias resultantes del cambio. En todos estos casos, un cambio que muchos considerarían una mejora sucederá sólo si podemos convencer o compensar a aquellos que lo objetan. Si debemos compelerlos para llegar ahí, sin embargo, entonces, sin importar cuán deseable podría parecer tal cambio a algunos de nosotros, no podría considerarse un movimiento superior en términos de Pareto sin destripar el concepto de toda su fuerza⁽¹⁸⁾.

En cada uno de los casos descritos, alguien

(15) Así los cambios indicados por Pareto serían lo que Dworkin ha llamado un "componente de valor". Ver DWORKIN, *supra* nota 13, en 563.

(16) Ver *supra* nota 12.

(17) Podrán, por supuesto, haber desfases entre el conocimiento por parte de algunos respecto a que un mejor estado existe y la posibilidad de alcanzar ese estado a través del acuerdo unánime. Para mi propósito, esos desfases son simplemente otra forma de costos de transacción. Para un tratamiento del significado de costos de transacción, ver *infra* parte III.

(18) Ver DWORKIN *supra* nota 13, en 582 (aunque el cambio hace que muchos estén mejor, si hace que una persona empeore entonces la justificación de Pareto se «destruye»).

pierde. El resto de nosotros podemos creer que la pérdida del perdedor no debe importar porque no es digna o no tiene importancia si la comparamos con las ganancias del ganador. Y podemos todos tener la razón. Pero en el momento en que estemos dispuestos a decir eso, hemos introducido una variable que no es unánimemente compartida en el esquema y entonces es temporada abierta. En lo que le concierne a la eficiencia económica, estaríamos entonces ocupados en comparaciones interpersonales y no hay razón basada en economía o eficiencia para que algunas de tales comparaciones deban ser permitidas y otras excluidas⁽¹⁹⁾. Habríamos ingresado en un mundo totalmente normativo en el cual la identidad y mérito de los ganadores y perdedores se convierte esencial.

“ No puede haber duda que la falta de conocimiento, organización y compensación usualmente nos impiden acceder a lo que, si podría ser hecho, nos haría a todos estar mejor ”

Déjenme ser claro. Ese mundo normativo es aquel en el que vivimos, y podemos decir muchas cosas respecto a qué es mejor o peor en él. Lo que no podemos hacer, sin embargo, es esconder lo que está involucrado en dicho mundo detrás de un criterio impersonalmente neutro y actuar como si no estuviésemos realizando juicios morales, cuyos efectos luego imponemos en otros.

3. EL EFECTO DE LOS COSTOS DE TRANSACCIÓN.

¿Pero qué hay de los costos de transacción? ¿No es el caso que podría existir un cambio que, si lo hiciéramos, mejoraría la situación de todos, pero que no podemos realizarlo unánimemente porque los costos de transacción nos impiden hacerlo? ¿Acaso Coase, leído literalmente, no dijo ésto precisamente cuando declaró que, ausentes los costos de transacción siempre alcanzaríamos el punto eficiente sin importar en dónde comenzáramos?⁽²⁰⁾ Verdaderamente, ¿no podríamos redefinir esa afirmación y decir que no es sólo el costo de celebrar acuerdos lo que nos impide mejorar la situación de todos, sino también una falta de conocimiento respecto a que un cambio sería en efecto una mejora para todos, o la falta de capacidad o voluntad de compensar adecuadamente a aquellos que en un inicio pierden con el cambio, o, finalmente, un juego fracasado en el que la división de las ganancias no puede ser acordada y por tanto ningún cambio es realizado?⁽²¹⁾ Coase, por supuesto, denominaría a todas estas barreras, costos de transacción. Asimismo, es ciertamente posible que si alguien nos obligara a hacer algunos movimientos, podríamos todos estar de acuerdo, retrospectivamente, en que nadie fue empeorado. No puede haber duda que la falta de conocimiento, organización y compensación usualmente nos impiden acceder a lo que, si podría ser hecho, nos haría a todos estar mejor. Lo mismo ocurre, debemos admitir, con la falta del uso de la coerción. ¿Acaso el criterio de Pareto no señala hacia lo que es claramente deseable, si nosotros sólo pudiésemos encontrar una manera de eliminar, o quizás tan sólo reducir, estos impedimentos?

La respuesta, desgraciadamente, es que no lo hace. O mejor aun, aquellos que buscarían usar el criterio de Pareto de esta manera dejan de considerar que no hay ninguna diferencia, en la teoría o en la práctica, entre la reducción o eliminación de estos im-

(19) Ver, e.g., J. COLEMAN, Efficiency, Utility and Wealth Maximization, en *Markets, Morals and the Law*, *supra* nota 10, en 95-102 (“Esto no quiere decir, por supuesto, que no hay distribuciones que contengan mayor utilidad total que una distribución óptima en términos de Pareto. Mejor dicho, dadas las restricciones de la teoría, nosotros no podemos determinar, fuera de hacer verdaderas comparaciones interpersonales, cuáles son estas distribuciones”).

(20) No pretendo aquí, ni en las siguientes secciones, implicar que el punto de partida sólo es determinado por la ley. Tal «centralismo legal», como ha sido tildado, es claramente incorrecto. Como las titularidades legales son costosas de establecer y aprender, las personas frecuentemente crean titularidades iniciales de manera informal honrando normas culturalmente desarrolladas. La interacción entre las titularidades legales y culturales es un área de gran importancia y creciente interés académico. Ver, e.g., ELLICKSON, *The Case for Coase and Against «Coaseanism»* 99 *Yale L.J.* 611, 627-629 (1989); ELLICKSON, *A Critique of Economic and Sociological Theories of Social Control*, 16 *J. Legal Stud.* 67, 81-90 (1986); ELLICKSON, *Of Coase and Cattle: Dispute Resolution Among Neighbors in Shasta County*, 38 *Stan. L. Rev.*, 623 (1986); y los autores ahí citados.

(21) Para una descripción de tales juegos, ver E. RASMUSSEN, *Games and Information: An Introduction to Game Theory* 22- 25 (1989).

pedimentos y cualquier otra innovación en el conocimiento u organización que podría hacer que todos estemos mejor -un motor que desperdicia menos energía a través de la fricción, por ejemplo. La esencia de la revelación de Coase es que, los costos de transacción no son distintos a cualquier otro costo. Como tales, para ponerlo en un lenguaje más técnico, pueden en cualquier momento ayudar a definir la frontera de posibilidades de Pareto, esa serie de estados sociales que representan lo mejor que podemos hacer en ese momento sin hacer que alguien empeore⁽²²⁾. Pero también lo hace el hecho de que no tenemos un motor que corra con menos fricción o que el maná no llueve del cielo. Así, la existencia de costos de transacción no nos impide alcanzar una frontera que está, en los hechos, actualmente disponible para nosotros, más que el hecho que hoy día un cierto grado de fricción es una realidad de la vida y que el maná, en este momento, no llueve del cielo. Todos estos hacen lo mismo. Definen lo que es y lo que no es actualmente factible.

Bien podría ser que mañana los costos de transacción sean menores, que nuestro conocimiento u organización sean mejores, que nuestra envidia sea menor, que los superconductores reduzcan la fricción y que llueva maná. Entonces sería posible ayudar a unos sin perjudicar a nadie. Pero cada uno de estos casos representa una ampliación de la frontera, no la remoción de una ineficiencia que anteriormente nos había impedido alcanzar la frontera preexistente. Una vez que comprendamos por completo el significado de la afirmación de Coase respecto a que los costos de transacción son costos, una vez que comprendamos que su efecto económico es igual al que deriva de la existencia de la fricción, de la ausencia de maná y de nuestra incapacidad de reducir el primero o producir el segundo lo suficientemente barato, entonces debemos concluir que un movimiento hacia la frontera y una ampliación de la frontera son, simple y llanamente, la misma cosa.

Esto de ninguna manera implica que todos los costos son iguales o que debemos gastar igual cantidad de tiempo, esfuerzo, o dinero tratando de superar cada uno de ellos. Ciertamente, como veremos dentro de

poco, una vez liberados de no percibir que algunas predeterminadas categorías abstractas de costos son en algún sentido «irreales» o «meras ineficiencias», obviamente a ser superadas, mientras otras, definidas igual de abstracto, sólo pueden ser conquistadas a través de costosos y arriesgados procesos como las «innovaciones», podemos dedicarnos al verdadero trabajo de decidir cuáles impedimentos hacia una vida mejor (cuáles barreras a los movimientos de la frontera) parece valer la pena atacar y cuáles, por el momento, aparentan no valer el esfuerzo⁽²³⁾.

Aun, algunos podrían decir que he sido demasiado precipitado en asumir la intractabilidad de los costos de transacción y que intervenciones colectivas o cambios legales que reducen los impedimentos de las transacciones muchas veces pueden ser alcanzados de esta manera llevando hacia movimientos superiores en términos de Pareto. Otros argumentarán que he estado utilizando una definición equivocada de eficiencia, que el examen de Kaldor-Hicks nos da el criterio apropiado⁽²⁴⁾. Es, agregarían, el efecto de los costos de transacción en ese criterio lo que debería discutir. De hecho, creo que ambos puntos ya han sido implícitamente tocados en la discusión anterior. Pero sería bueno considerarlos explícitamente.

4. INTERVENCIONES COLECTIVAS Y LA REMOCIÓN DE LOS IMPEDIMENTOS DE LAS TRANSACCIONES.

No vale la pena decir que, cuando los costos de transacción nos impiden alcanzar un estado en el que algunos estarían mejor y ninguno peor, deberíamos utilizar «métodos distintos al mercado» para alcanzar esa posición. La afirmación parece plausible porque la existencia de elevados costos de transacción sugiere que deberíamos reemplazar mercados costosos por más baratos sistemas de organización distintos al mercado. Pero «La Naturaleza de la Empresa» provee la respuesta a esta proposición. ¡Si conociéramos y tuviésemos disponible un método distinto al mercado que es *ex ante* superior en términos de Pareto, ya lo habríamos usado! Esa es precisamente la explicación de Coase

(22) Para una definición precisa de la frontera de Pareto, ver J. COLEMAN, *supra* nota 19, en 102 (“Toda asignación óptima en términos de Pareto puede ser representada como puntos en una frontera utilidad-posibilidad () Esto es, todos los puntos en frontera utilidad-posibilidad son mejoras en términos de Pareto sobre todos los puntos a su sudoeste. Con respecto a todos los demás puntos, un punto en la frontera no es comparable en términos de Pareto”).

(23) Ver *infra* textos de las notas 61-78.

(24) Para una definición y discusión de la prueba de Kaldor-Hicks, ver *infra* Parte 5.

respecto de cómo las empresas llegan a existir⁽²⁵⁾. Si no hemos utilizado tal sustituto de mercado, debe ser porque algunas personas, correcta o incorrectamente, creen que perderán con su establecimiento. Eso es, algunos se oponen al movimiento hacia estructuras distintas al mercado porque creen que les va mejor bajo una estructura de mercado. Y aquellos que obtendrían ganancias por el cambio no pueden factiblemente compensarlos por sus pérdidas, ya sea porque es demasiado caro hacerlo o porque acuerdos para compensarlos no pueden ser llevados a cabo.

La aproximación ideológicamente opuesta a la existencia de elevados costos de transacción puede ser contrarrestada exactamente de la misma manera. Algunos dicen que si los costos de transacción nos impiden realizar movimientos superiores en términos de Pareto, deberíamos remover los impedimentos de las transacciones. Deberíamos, por ejemplo implementar cambios legales que fomenten negociaciones y mercados baratos. Tales cambios, argumentan, llevarán a mejoras en términos de Pareto⁽²⁶⁾. Pero una vez más la respuesta yace en la pregunta: ¿quién pierde por la remoción de impedimentos de las transacciones o por mercados más baratos? Si nadie creyese que ellos perderán, entonces habríamos removido estos impedimentos hace mucho tiempo. Si alguien, correcta o incorrectamente, espera perder, y la compensación no es factible, entonces el cambio no será *ex ante* superior en términos de Pareto.

Como he sugerido anteriormente, impedimentos propios de la Teoría del Juego de movimientos hacia estructuras distintas al mercado o hacia estructuras de menor costo de transacción, llevarían en sí mismos hacia presuntos cambios superiores en términos de Pareto, al igual que impedimentos propios de la Teoría del Juego de movimientos que llevan directamente hacia supuestas posiciones superiores en términos de Pareto, no son, en este sentido, distintos a otros impedimentos. La sociedad no puede alcanzar diferentes posiciones superiores en términos de Pareto porque alguien no está dispuesto a perder una ficha de negociación

(que podría ser negociada por una parte de las ganancias), porque las partes carecen de conocimiento respecto de la estrategia de los otros, o, como en el dilema del prisionero, porque la organización necesaria para hacer cumplir el silencio en ambas partes está ausente y la creación de la requerida organización es demasiado cara o dañina para otra persona (en este caso el carcelero)⁽²⁷⁾.

Mi posición en todo esto permanece igual. No estoy negando la posibilidad de descubrimientos, movimientos forzados, o cambios fortuitos que, en retrospectiva, dejan a todos en mejor posición. Tampoco estoy diciendo que aquellos que esperan perder no puedan ser convencidos (nuevamente, correcta o incorrectamente) que un movimiento, en efecto, será ventajoso para ellos. Finalmente, ciertamente no estoy negando que podría valer la pena pagar a personas-economistas, por ejemplo, o quizás a abogados-economistas- para tratar de convencernos a todos que un cambio sería universalmente deseable (decir eso sería precisamente igual que hacer la tonta afirmación que nunca valdría la pena pagar inventores en potencia para que traten de descubrir cosas que harían la vida mejor para todos nosotros). Estoy diciendo que uno no puede criticar arreglos **existentes** bajo la presunción que una posición universalmente mejor está a nuestra disposición. Si lo estuviera, y todos la conociéramos, no necesitaríamos el criticismo. Si no la conociéramos todos, la misma falta de conocimiento es tanto un impedimento de mejora como lo es la falta de conocimiento que nos impide estar en mejor posición ante una invención o descubrimiento rechazado por nuestra ignorancia. En cada caso es engañoso y errado, actuar como si existiesen movimientos superiores en términos de Pareto actualmente disponibles. En cada caso, hasta que nuestro conocimiento o capacidad de organización incremente, la mejora no es más que una ilusión o una justificación circular de trabajo académico diseñado para darnos el conocimiento requerido.

(25) Ver *supra* texto de la nota 4.

(26) Ver e.g., DEMSETZ, The Exchange and Enforcement of Property Rights, 7 J.L. & Econ. 11, 20-26 (1964); POSNER, Utilitarianism, Economics, and Legal Theory, 8 J. Legal Stud. 103, 135 (1979).

(27) Técnicamente, éstos no son impedimentos a la teoría de juegos, sino más bien problemas de acción colectiva entre agentes racionales, que son descritos por varios juegos que tienen ciertas formas o estructuras de pago. El dilema del prisionero fue originalmente atribuido a A. W. Tucker.

Para una descripción simple del dilema, ver L. THOMAS GAMES, Theory and Applications 55-56 (1986). Para una aplicación más compleja del dilema del prisionero al comportamiento económico, ver HARSANYI, A General Theory of Rational Behavior in Game Situations, 34 Econometrica 613 (1966).

5. SOBRE KALDOR-HICKS O POTENCIAL SUPERIORIDAD EN TÉRMINOS DE PARETO.

Algunos pueden argumentar, sin embargo, que he estado usando una errada definición de eficiencia. La definición apropiada, dirían, es aquella dada por el examen de Kaldor-Hicks. A grandes rasgos este examen señala que un movimiento es eficiente cuando los ganadores ganan más de lo que los perdedores pierden, en el sentido que, si los ganadores compensaran a los perdedores hasta satisfacerlos, los ganadores aún estarían en mejor posición que la que estaban antes del cambio⁽²⁸⁾ (este examen es algunas veces llamado potencial superioridad en términos de Pareto, porque tienen el potencial de llevarnos hacia una mejora en términos de Pareto. Alcanzar dicho potencial, sin embargo, depende de la compensación exitosa de los perdedores, hasta satisfacerlos. Pero una efectiva compensación no es requerida por el examen de Kaldor-Hicks y quizás no sea siquiera factible⁽²⁹⁾).

La afirmación de Coase respecto a que ausentes los costos de transacción cualquier punto de partida llevará hacia un punto de llegada eficiente es indudablemente cierta si aplicamos el examen de eficiencia de Kaldor-Hicks. Muchos han hecho uso de la revelación de Coase con este resultado en mente y no han ido más lejos⁽³⁰⁾. Para ver por qué ésta no puede ser una conclusión satisfactoria a la interrogante, debemos examinar por qué es que, ausente los costos de transacción, cualquier punto de partida llevará a la eficiencia de Kaldor-Hicks. Entonces podremos ver por qué alcanzar esa eficiencia no hace nada para alterar los problemas subyacentes y las posibilidades que el fracaso del estricto criterio de Pareto nos ha dejado.

En ausencia de costos de transacción, en el sentido coaseano del término, la compensación de los perdedores es en cada caso alcanzable. Cualquier movimiento que reporte más a los ganadores que lo que cueste a los perdedores tomará lugar voluntariamente porque el adecuado conocimiento y organización siempre existirán. Los perdedores, entonces, podrán exigir la compensación precisa que los deje por lo menos igual que antes, mientras los ganadores sabrán que al menos que paguen esa compensación tendrán que prescindir de su ganancia. Los ganadores y perdedores exitosamente resolverán sus disputas sobre la división de las ganancias (v.gr., de los excedentes), porque la ausencia de costos de transacción significa que resolverán todos los juegos como para crear aquella división de las ganancias que maximice el excedente.

En otras palabras, en ausencia de costos de transacción la sociedad alcanzará todos los movimientos superiores en términos de Kaldor-Hicks voluntaria y unánimemente y, bajo esas circunstancias, cualquier cosa que sea superior en términos de Kaldor-Hicks también será superior en términos de Pareto! Esta es una simple perogrullada. Por la misma definición de eficiencia de Kaldor-Hicks, la única cosa que hace a los movimientos superiores de Kaldor-Hicks sólo **potencialmente** superiores a Pareto en vez de verdaderamente superiores a Pareto es la ausencia de una adecuada compensación. Y sin costos de transacción, los ganadores siempre pueden dar compensación. Implica que, ausentes los costos de transacción, la sociedad alcanzará la eficiencia de Kaldor-Hicks con consentimiento unánime sin que nadie tenga que hacer alboroto al respecto⁽³²⁾.

Pero, por supuesto, existen costos de transac-

(28) Abogados y economistas han usado la eficiencia de Kaldor-Hicks ya sea como un requerimiento para maximizar la utilidad o para maximizar la riqueza. En cada caso, salvo que, en un mínimo, la compensación a los perdedores realmente ocurra, la eficiencia de Kaldor-Hicks está sujeta a la Paradoja de Scitovsky -la idea que dos estados sociales opuestos pueden ser eficientes en términos de Kaldor-Hicks con respecto al otro. Éste es el resultado de diferentes puntos de partida dando forma a gustos de manera diferente, y por tanto también dando forma lo que es eficiente. Ver *supra* nota 12. Para una descripción precisa de la prueba de Kaldor-Hicks y la Paradoja de Scitovsky, ver J. COLEMAN *supra* nota 19, en 98-100, 104-105. Para una descripción de Posner sobre la aplicabilidad de Kaldor-Hicks a sus teorías legales, ver POSNER, *R. supra* nota 8 en 3-26.

(29) Ver G. CALABRESI & P. BOBBITT, *supra* nota 11, en 85-86; R. POSNER, *supra* nota 8, en 13.

(30) Ver, e.g., G. BECKER, Irrational Behavior and Economic Theory, en *The Economic Approach to Human Behavior*, 153, 167-168 (1976); R. POSNER, *supra* nota 8, en 1-17, 23; DEMSETZ, *supra* nota 26, en 26; POLINSKY, Controlling Externalities and Protecting Entitlements: Property Right, Liability Rule, and Tax-Subsidy Approaches, 8 *J. Legal Stud.* 1, 4-5 (1979); POSNER, *Law and Economics is Moral*, 24 *Val. U.L. Rev.* 163, 166 (1990).

(31) Así, ocurrirían tanto la maximización de la utilidad total y la compensación de todos los perdedores. Ver CALABRESI, *Transaction Costs*, *supra* nota 9, en 68.

(32) El propio Nicholas Kaldor, explicando el examen Kaldor-Hicks, dijo: "Este principio, como el lector observará, simplemente equivale a decir que no hay comparaciones interpersonales de satisfacción involucradas en juzgar una política diseñada para incrementar la suma total de bienestar, sólo porque cualquier política de este tipo podría ser llevada en un sentido que asegure el consentimiento unánime". KALDOR, *Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility*, 49 *Econ. J.* 549, 551 n. 1 (1939). Ante la ausencia total de costos de transacción tal compensación, por supuesto, también abarcaría las pérdidas de cualquier tercero, incluyendo a cualquiera que pierda debido a los costos de oportunidad del movimiento realizado.

ción tales que la adecuada compensación de los perdedores hasta su total satisfacción de ninguna manera está asegurada. Sin intervención, entonces, es muy probable que estemos en posiciones en las que, a pesar de ser óptimas en términos de Pareto, no son eficientes en términos de Kaldor-Hicks. Tendremos disponibles cambios que no ocurrirán voluntariamente y que a la vez puedan llevar a que los ganadores ganen más de lo que los perdedores pierdan.



A menos que alguien está dispuesto a hacer comparaciones interpersonales, sin embargo, simplemente no puede decirse que tal movimiento sin compensación es una mejora en términos de Kaldor-Hicks⁽³³⁾. En ese crucial sentido, los movimientos superiores en términos de Kaldor-Hicks no logran ser neutrales entre las personas de la manera que los movimientos superiores en términos de Pareto lo son.

Hay, por supuesto, maneras de tratar de superar esto. Al final, sin embargo, todas fracasan. O asu-

men alguna teoría de justicia distributiva, la cual, en abstracto, no es mejor que cualquier otra posible teoría distributiva, o, en un intento vano de convertir la coerción en consentimiento, asumen acuerdos que nunca han sido tomados. Déjenme describir dos de tales intentos por uno de los abogados-economistas más distinguidos hoy en día, Richard Posner.

En alguno de sus escritos, Posner parece justificar el uso de la coerción para alcanzar la eficiencia de Kaldor-Hicks sobre la base de que, dado que no conocemos nada respecto de los ganadores y los perdedores, la mejor presunción que podemos hacer sobre ellos es que son iguales. Si esto es cierto, entonces, al menos en terrenos utilitarios, cualquier cosa que le de a los ganadores más de los que le quite a los perdedores es una mejora. El problema con esta aproximación, como he señalado anteriormente, es que podemos asumir que los ganadores y los perdedores son iguales sólo si discutimos el tema de manera abstracta, denominando a los ganadores *A* y a los perdedores *B*⁽³⁴⁾. En el momento en que nos enfrentemos a una situación real, sabemos algo más sobre quién gana y quién pierde. Una vez que ya no somos ignorantes, muchas diferencias podían causarnos creer que las pérdidas o las ganancias para **algunos** importan más que las pérdidas y ganancias para **otros**. En otras palabras, estamos inmediatamente en un mundo real en el que debemos enfrentarnos con competitivas teorías de justicia distributiva y en el cual una teoría que sostenga que las pérdidas y ganancias de todos, ricos y pobres, buenos y malos sin importar los puntos de partida, son de la misma significancia social, tiene poco para ser elogiado⁽³⁵⁾.

No me mal interpreten. No estoy sugiriendo que no podamos decir nada respecto a la justicia distributiva. Mi posición es totalmente la contraria, como intentaré demostrar en extenso en siguientes artículos. Verdaderamente, una de las conclusiones de este artículo será que el fracaso del criterio de Pareto en ser una guía real hace indispensable una minuciosa y

(33) Por supuesto, algunos discutirían que una medida de maximización de la riqueza, en oposición a la maximización de la utilidad, no requiere una comparación de utilidad interpersonal. Ver J. COLEMAN, *supra* nota 19, en 111-21.

(34) Ver POSNER, *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*, 8 Hofstra L. Rev. 487, 490-91 (1980); CALABRESI, *The New Economic Analysis of Law: Scholarship, Sophistry, or Self-Indulgence?*, 68 Proc. Brit. Acad. 85, 90-91 (1982).

(35) Ver CALABRESI, *supra* nota 34, en 93.

Por momentos Posner parece admitir que ganadores y perdedores en un sistema de maximización de la riqueza no son necesariamente los mismos y sugiere que como es imposible determinar qué individuos son moralmente dignos, lo mejor que podemos hacer es maximizar la riqueza. Ver POSNER, *A Reply to Some Recent Criticisms of the Efficiency Theory of the Common Law*, 9 Hofstra L. Rev. 775, 778 & n. 10 (1981). Esto ocurre cuando ganadores y perdedores son tratados como si fueran iguales. El problema sigue siendo, sin embargo, que la maximización de la riqueza no tiene valor social independiente. No puede ser aceptada como algo bueno en sí mismo, sin el soporte de alguna teoría moral-distributiva. Ver DWORKIN, *supra* nota 13, en 583; J. COLEMAN, *supra* nota 19, en 112. Empujado por Dworkin, Posner hace un débil intento por hacia teoría cuando sugiere que la maximización de la riqueza es justa porque recompensa a individuos que poseen cualidades económicamente eficientes tales como virtudes calvinistas tradicionales. POSNER, *supra* nota 26, en 119-36.

abierta discusión respecto a la distribución y a las comparaciones interpersonales. Tampoco estoy sugiriendo que la teoría distributiva de Posner siempre está equivocada. Pueden haber situaciones en las cuales los ganadores y perdedores son fortuitos o donde la incidencia del cambio no pueda ser determinada, de tal manera que no podamos saber quiénes son los ganadores y perdedores. Entonces tratar a los ganadores y a los perdedores como iguales, puede muy bien ser justificado. Hay muchas otras situaciones en las cuales una teoría de justicia distributiva conlleva a la conclusión de que somos indiferentes entre los verdaderos ganadores y perdedores, y por lo tanto que cualquier cambio superior de Kaldor-Hicks es deseable⁽³⁶⁾. Pero sin una visión realista de una situación particular, seguida por la aplicación de una teoría distributiva explícita a esa situación, el intento de hacer que la eficiencia de Kaldor-

Hicks sea una guía normativa general debe fracasar. No puede ser más que un poco ingenioso intento de convertir una teoría distributiva de incierta validez en una que tiene genuina neutralidad distributiva⁽³⁷⁾.

Posner mismo parece reconocer que los movimientos superiores de Kaldor-Hicks tienen consecuencias distributivas no neutrales. En algunos artículos él intenta justificar movimientos coercitivos hacia puntos eficientes de Kaldor-Hicks sugiriendo que en tales casos uno puede asumir *ex ante* consentimiento a la coerción. Él sostiene que, en algún inexistente contrato social, todos acordamos aceptar cualquier cambio que reportaría una mejora en términos de Kaldor-Hicks⁽³⁸⁾. Hay por lo menos dos problemas en esto. Primero, tal contrato social jamás ha sido celebrado. La imparcialidad del resultado debe depender, entonces, no de un consentimiento unánime sino de la plausibilidad inhe-

(36) Un intento común de derivar a tal teoría asume que las metas distributivas de la sociedad pueden alcanzarse de mejor manera a través de tributos generales y programas de asistencia social, y que nosotros por tanto deberíamos ser indiferentes ante los efectos distributivos de cualquier otro cambio particular. Bajo estas circunstancias todos los movimientos superiores en términos de Kaldor-Hicks, con o sin compensación, serían justificados. Ver, *e.g.*, POLINSKY, A.M. An Introduction to Law and Economics, 124-26 (2a.ed. 1989).

Hay, no obstante, muchos problemas con este acercamiento. Primero, asume sin fundamento que quien fije tributos generales y programas de asistencia está en mejor situación que, digamos, los jueces, jurados o cualquier otro que decida casos particulares, o alguna combinación de éstos, para decidir qué es distributivamente justo. Esto es cualquier cosa menos obvio. El vínculo entre el mayoritarismo (aun asumiendo que las autoridades tributarias son mayoritarias) y distribución justa no es nada claro. Nociones filosóficas válidas de justicia pueden tener más impacto, por ejemplo, en jueces que en legisladores. Además, hechos individuales particularizados pueden ser cruciales para determinar una distributiva justa. Ciertamente, reducido al absurdo, el fundamento puede parecer sugerir que las reglas legales que hacen a lo «incorrecto» responsable no se justifican, a menos que pueda demostrar beneficiar a los «correctos» ganadores más de los que cuestan a los «incorrectos» perdedores. El argumento implica que una distribución adecuada entre «correctos» e «incorrectos» -como entre ricos y pobres- debe ser decidida a nivel de impuestos o programas de asistencia generales. En nuestro sistema de topes y balanzas, sin embargo, parece especialmente probable que el caso sea que la manera en que más nos podemos acercar a una distribución justa, entre ricos y pobres como entre «correctos» e «incorrectos», es a través de alguna decisión generalizada por las autoridades tributarias y algunas otras reglas legales, e incluso algunas decisiones caso por caso (quizás incluyendo las altamente particularizadas como aquellas hechas por los jurados) que favorecen ciertos grupos o individuos.

Uno podría, por supuesto, sostener que nuestro deseo de castigar lo incorrecto es una consideración que debería ser tomada en cuenta al decidir si hacer al incorrecto responsable es el superior en términos de Kaldor-Hicks. Pero entonces uno podría hacer exactamente la misma afirmación respecto a nuestro deseo de beneficiar, digamos, al pobre. En cualquier caso, las consideraciones distributivas, en la práctica, afectarían al individuo antes que a las decisiones tributarias generales. (Lo que es mejor tratado como un asunto de distribución y lo que es mejor tratado como un asunto de eficiencia, en este sentido, debo dejarlo para un artículo subsiguiente).

Segundo, el argumento es muchas veces parcialmente basado en la presunción de que la redistribución alcanzada a través de los programas de tributación y asistencia social es más eficiente (en un sentido Kaldor-Hicks) que la redistribución alcanzada a través de reglas legales o a través de decisiones caso por caso. Aún si fuera así, esto no demostraría el punto a menos que la distribución fuera igual de «justa». Pero, de hecho, está lejos de ser obvio que, como regla general, los programas de tributación y asistencia social son más eficientes que una combinación de éstos con otras reglas legales. Asumamos por un momento que la sociedad desea redistribuir la riqueza de los relativamente ricos hacia los relativamente pobres, o de las personas de mediana edad hacia los ancianos. Podría lograrse a un costo considerable a través de programas de tributación y de gasto social. Pero también podría lograrse en alguna medida eligiéndose un sistema de seguros de primera persona para accidentes automovilísticos en vez de un sistema de tercera persona. Si los sistemas de responsabilidad de primera persona son casi igual de eficientes para reducir el monto de los accidentes y de los costos de seguridad que un sistema de tercera persona, elegir un sistema de primera persona podría ser el camino superior en términos de Kaldor-Hicks de lograr el efecto distributivo deseado, aun si, dejando de lado nuestros deseos distributivos, los sistemas de tercera persona pudiesen ser ligeramente superiores en términos de Kaldor-Hicks. Ver, *e.g.*, CALABRESI, First Party, Third Party, and Products Liability Systems: Can Economic Analysis of Law Tell Us Anything About Them?, 69 Iowa L. Rev. 833 (1984).

Concluyo que como una defensa general del examen de Kaldor-Hicks, esta aproximación fracasa. Esto no significa, por supuesto, que en situaciones específicas, la posibilidad de redistribuir a través de tributos y reglas de asistencia social, no justificarán el uso de un examen de Kaldor-Hicks.

(37) Ver CALABRESI, *supra* nota 36, en 833-34; CALABRESI, *supra* nota 34, en 93.

(38) POSNER, *supra* nota 34, en 491-96. James Buchanan también trató de construir argumentos basados en nociones similares a «acuerdos» *ex ante*. J. BUCHANAN, Explorations Into Constitutional Economics, 37-50 (1989); J. BUCHANAN & G. TULLOCK, The Calculus of Consent, 12-15 (1962).

rente de un pseudocontrato. Segundo, si hubiese existido tal contrato, está lejos de ser claro que las partes han acordado la eficiencia de Kaldor-Hicks como su meta. De hecho, la eficiencia de Kaldor-Hicks no es de ninguna manera la meta más plausible. Ante la ausencia de un verdadero acuerdo todos tendremos nuestras propias ideas respecto a cómo se vería un contrato social justo. Algunos podrían ciertamente asumir que Kaldor-Hicks juega un papel dominante⁽³⁹⁾. Pero otros podrían igualmente poner todo tipo de cláusulas en ese acuerdo inexistente, llevando a una amplia variedad de efectos distributivos. John Rawls, por ejemplo, ha realizado los intentos recientes más distinguidos de dar algún significado a tales acuerdos inexistentes⁽⁴⁰⁾. Su noción de lo que acordaríamos para dejar atrás un velo de ignorancia -el concepto «*maximin*»- es muy distinto a un simplista pacto de acotar lo que reporte una mejora en términos de Kaldor-Hicks⁽⁴¹⁾.

Otro, y algo distinto, problema de intentar convertir movimientos de Kaldor-Hicks en movimientos voluntarios y por lo tanto de Pareto, postulando un acuerdo previo de aceptar la coerción, es que aun si las personas celebraron tal acuerdo en una anterior oportunidad, ellos podrían ahora lamentarlo. Si es así, cualquier movimiento de este tipo reportaría perdedores. Una vez más será imposible decir que una mejora social ha ocurrido sin realizar comparaciones interpersonales (decidiendo, por ejemplo, que aquellos que cambiaron de parecer deberían ser ignorados, que su perjuicio no es importante).

Trato este problema con los movimientos de Kaldor-Hicks de manera independiente por que puede decirse que este problema se aplica de igual manera a los **verdaderos** movimientos de Pareto. Hace dudar de la deseabilidad de aquellos cambios con los que las personas unánimemente están de acuerdo y que ocurren sin la necesidad de la coerción o de análisis complejos. Aquí también, después de todo, algunos que están de acuerdo en el cambio pueden luego arrepentirse. El problema del arrepentimiento -de preferencias *ex ante* y *ex post*- es uno altamente complicado y escapa de los alcances del presente artículo. Es un tema que necesito discutir en un ensayo posterior, en el que analizaré la simetría teórica entre acercamientos de mercado y distintos al mercado, entre tomas de decisiones individuales y colectivas. Lo discutiré entonces porque el problema de equivocarse y arrepentirse es igual de crucial tanto en acercamientos de mercado como acercamientos distintos al mercado⁽⁴²⁾.

Por ahora, sin embargo, es suficiente decir que aún si nadie se equivoca o arrepiente, o si uno está dispuesto a aceptar una teoría distributiva que ignora las pérdidas de aquellos que se han equivocado o cambiado de opinión, el intento de convertir movimientos coercitivos hacia la eficiencia de Kaldor-Hicks en movimientos verdaderos de Pareto aún debe fracasar. Una cosa es decir que ignoraremos el daño causado a aquellos que han cambiado de opinión. ¡Es una cosa totalmente distinta decir que ignoraremos las pérdidas de aquellos que nunca aceptaron un cambio, porque

(39) Ver, e.g., G. STIGLER, *supra* nota 12, en 17; Cfr. HARSANY, *Morality and the Theory of Rational Behavior*, 44 Soc. Res., 623, 631-47 (1977) (la elección entre códigos morales debe ser determinada de acuerdo a la utilidad total máxima).

(40) J. RAWLS, *A Theory of Justice* (1971).

(41) *Id.* en 150-57.

(42) El arrepentimiento trae a cuenta muchos temas que merecen una discusión profunda. Un tema es la diferencia entre el arrepentimiento debido a un error o a un cambio de parecer y el arrepentimiento que proviene de algo que nosotros haríamos de nuevo (por ejemplo, el arrepentimiento que sentimos porque no ganamos la lotería en una situación en que con gusto entraríamos a la siguiente lotería). La pena también trae a cuenta la cuestión entre los estados de fines justos contra los procesos justos. Así, si el proceso recién iniciado por una parte que ahora se arrepiente es justo, podríamos aceptar el fin del proceso como justo, aún si el mismo estado (con la misma persona experimentando el arrepentimiento) sería injusto si se hubiera alcanzado a través de otro proceso. Contrariamente, podemos considerar un estado de fines injusto, aun si todos si todos en él admitieran estar mejor (si, por ejemplo, involucrara el uso de coerción violenta contra alguien que ahora agradece que lo hayan coaccionado). La cantidad de tiempo que transcurre entre una decisión particular y los hechos que llevaron a quien decide a arrepentirse de la decisión es frecuentemente crucial tanto para el proceso como para la justicia estado-fin en tales situaciones de arrepentimiento. Así, podemos sentirnos muy diferentes respecto al atar a una persona mayor a una decisión tomada durante la juventud que al atar a alguien a las consecuencias financieras de un contrato recientemente pactado. Finalmente, el arrepentimiento trae a cuenta cuestiones respecto a lo que propiamente debería mantenerse estático en exámenes de eficiencia y qué elementos dinámicos, si es que hay alguno, pueden en vez introducirse a tales exámenes. La complejidad de nuestras visiones del arrepentimiento se aprecian mejor considerando la leyenda de Fausto. Fausto hizo una elección clara. Posteriormente se arrepintió de ella. En muchas versiones de la leyenda él va al infierno. En otras es salvado, a pesar de su elección y los buenos momentos que ésta le trajo. El gran atractivo de esta leyenda y sus diversos finales en distintas versiones sugieren nuestra profunda ambivalencia con respecto al tema subyacente involucrado. Ver G. CALABRESI & P. BOBBITT, *supra* nota 11, en 121; DWORKIN, *nota* 13, en 574-79.

nosotros creemos que ellos **debieron haberlo aceptado!**⁽⁴³⁾ Y, al final, eso es a lo que equivale el consentimiento *ex ante* de Pareto. Al igual que en la teoría distributiva de Posner (que todos los ganadores y perdedores son iguales) no deseo descartar la posibilidad que esta aparente teoría moral (que la eficiencia de Kaldor-Hicks es la meta deseable de una buena sociedad y que todo debe estar atado a ella) sea válida en alguna circunstancia⁽⁴⁴⁾. Pero no será suficiente simplemente afirmar que este es así. Demasiadas otras teorías morales son por lo menos igual de plausibles.

A diferencia de la verdadera optimidad de Pareto que, si significara algo, tendría un genuinamente amplio atractivo moral a pesar del problema del arrepentimiento, la eficiencia de Kaldor-Hicks no puede tener un atractivo equivalente. Y así retornamos a los problemas y posibilidades dejadas a nosotros en un mundo en el cual lo que es óptimo en términos de Pareto (hasta que lo cambiemos), y en el cual el *status quo* puede bien estar lejos de ser lo mejor que pensamos que puede ser hecho. Puede estar lejos de ser lo mejor porque podríamos querer hacer todo tipo de cambios si estuviésemos dispuestos a hacer juicios distributivos respecto de los ganadores y perdedores. También puede estar lejos de ser lo mejor si tenemos razón en creer que, con el debido esfuerzo, podemos reducir tanto los costos de transacción como las otras barreras que nos impiden mejorar la situación de todas las personas; si, en otras palabras, podemos ampliar la frontera a través de conocimiento, organización, y ciencia que, al menos en la teoría, harían a todos estar mejor.

Tomaré unos momentos en el primero de estos temas: la inevitabilidad del análisis distributivo. En lo que queda de este artículo me centraré en el segundo, y tomaré algunos pasos hacia una nueva taxonomía de barreras, una más útil que la terminología de Pareto

para indicar hacia dónde debemos dirigir nuestros esfuerzos para lograr una mejora.

6. LA INEVITABILIDAD DEL ANÁLISIS DISTRIBUTIVO.

El fracaso del examen de Pareto en dar una guía práctica significa que, ante la ausencia de innovaciones que podrían permitirnos a todos estar mejor, todas las supuestas mejoras, al menos *ex ante*, traen consigo la posibilidad de que existan perdedores. *Ex post*, podríamos encontrar que tenemos suerte, y que los perdedores ahora están contentos con el cambio. Pero nunca podemos estar seguros antes de tiempo y por lo tanto nunca podemos usarlo como justificación plena para hacer el cambio. Implica que ni el criticismo del *status quo* ni el apoyo a él, pueden ser distributivamente neutros⁽⁴⁵⁾. El gran intento de evitar comparaciones interpersonales y hacer de la economía lo que Lionel Robbins deseó que fuese -una ciencia inmune a contaminantes distributivos⁽⁴⁶⁾- debe ser reconocido de una vez por todas como un fracaso total.

Lejos de ser un desastre, sin embargo, este hecho debe ser una fuerza liberalizadora. Significa que los economistas y abogados-economistas no necesitan abundar en todo tipo de presunciones contrarias a la realidad para sostener el castillo en ruinas. No necesitan seguir postulando que los individuos siempre saben lo que es mejor para ellos⁽⁴⁷⁾; ni necesitan asumir, ni siquiera como una premisa silenciosa del análisis de Kaldor-Hicks, que los ganadores y perdedores son todos iguales. Los economistas y abogados-economistas pueden ahora alegremente aceptar hasta el arrepentimiento y el cambio de parecer en sus modelos. Porque si donde estamos es, por el momento, óptimo en términos de Pareto y, ausentes las innovaciones, todas las

(43) Esta distinción tiene sentido intuitivamente y muchos estarían dispuestos a tratar las dos situaciones de manera distinta. Analíticamente, por supuesto, ambas envuelven comparaciones interpersonales y por tanto presentan los mismos problemas. Para una discusión de los problemas de las comparaciones de utilidad interpersonales ver HARSANYI, *supra* nota 39, en 638-642; ver también J. COLEMAN, *supra* nota 19, en 104-05.

(44) Ver CALABRESI, *supra* nota 34, en 106-07.

(45) El principio económico básico del costo de oportunidad significa que hasta la elección de no tomar acciones tiene consecuencia distributivas. Ver P. SAMUELSON, *Economics* (9a.ed. 1973), 472-473; Cfr. *infra* nota 73 (Dean Michael Levine resalta que invertir en la destrucción las barreras particulares precluye a la inversión de sobrellevar otras barreras, y por tanto implica costos de oportunidad).

(46) Ver L. ROBBINS, *supra* nota 14.

(47) Al menos que los individuos siempre conozcan qué es lo mejor para ellos, la libre contratación necesariamente involucra perdedores. Los perdedores del momento son una parte necesaria del proceso, cualquier afirmación en el sentido que el resultado es superior implica una comparación entre ganadores y perdedores, esto es, una comparación interpersonal. Aun si la mayoría de individuos conocen qué es mejor para ellos, el problema subsiste. Entonces uno debe comparar las pérdidas de los muchos que perderían como resultado de estar prohibidos de contratar con las ganancias de aquellos a quienes les es dañina la libertad de contratar. Y eso, nuevamente, involucra una comparación interpersonal, a menos que los ganadores compensen a los perdedores.

mejoras deben, *ex ante*, traer algunos perdedores consigo, entonces también podemos prescindir de estas otras «convenientes» presunciones diseñadas para negar la existencia de perdedores. El análisis distributivo se hace inevitable y por tanto esencial, y los economistas deben, como mínimo, comenzar a ser explícitos respecto a los juicios distributivos (o conjeturas) que vienen realizando. Quienes toman decisiones pueden aceptar o rechazar tales juicios o conjeturas como lo prefieran. ¡Pero los economistas no necesitarán más usar términos de manera tal que, sin importar cuán involuntarios sean, pueden ser fácilmente mal entendidos por quienes toman las decisiones como conclusiones vinculantes que tienen validez independientemente de cuáles sean sus efectos distributivos!

De hecho, creo que puede hacerse más⁽⁴⁸⁾. Porque me parece que los economistas y abogados-economistas pueden tener mucho que decir, como académicos⁽⁴⁹⁾, respecto a qué es distributivamente deseable. No necesitamos simplemente dejar en claro nuestros juicios distributivos y dejar a los políticos que toman las decisiones que las acepten o no. Nosotros podemos

desarrollar definiciones académicas respecto a una justicia distributiva, tanto definiciones teóricas⁽⁵⁰⁾, como definiciones en base a estudios empíricos de sociedades particulares⁽⁵¹⁾. Pero una mayor discusión de tales estudios distributivos, como la discusión del paralelismo entre decisiones de mercado y de no mercado, deben esperar artículos futuros. En el presente artículo, deseo centrarme en el problema de reemplazar el mal orientado intento de distinguir entre movimientos eficientes e innovaciones, entre movimientos hacia la frontera de Pareto y ampliaciones de dicha frontera.

7. HACIA UNA NUEVA TAXONOMÍA.

Muchos economistas, si se detuviesen a pensar al respecto, no tomarían en cuenta mucho de lo que he dicho. Pueden no asociarlo, como he hecho, a la revelación de Coase. Pero quizás puedan decir que siempre han sabido que un criterio estricto de superioridad de Pareto era irreal⁽⁵²⁾. A pesar de ello muchos persisten en utilizar el criterio de Pareto como una muleta, como si su fundamental falta de contenido no importara⁽⁵³⁾. Y la

(48) Ver CALABRESI, *supra* nota 36, at 847; CALABRESI, *supra* nota 24, en 103.

(49) He criticado en otra parte algunos de mis primeros escritos porque, a pesar de que eran explícitos respecto de las preferencias distributivas, no se basaban en ninguna habilidad especial o análisis asociado con labor académica. He sugerido que tales visiones distributivas personales, a pesar de ser perfectamente apropiadas para todos nosotros -incluyendo los académicos- en nuestro rol de ciudadanos, son una muleta auto indulgente cuando se presentan en un trabajo académico como parte académica de ese trabajo. Ver CALABRESI, *supra* nota 36, en 848 n.40; CALABRESI, *supra* nota 34, en 97-98.

(50) Para ejemplos de intelectuales que han desarrollado definiciones teóricas de justiciadistributiva, ver J. BENTHAM, *The Philosophy of Economic Science*, Jeremy Bentham's conomic Writtings, 81 (W. Stark ed., 1952); J. COLEMAN, *supra* nota 14; J. COLEMAN, *supra* nota 19; A. LERNER, *The Economics of Control: Principles of Welfare Economics* 7-40 (1944); I. LITTLE, *A Critique of Welfare Economics* (2a.ed., 1957); SEN, *Social Choice Theory: A Re-examination*, 45 *Econometrica* 53 (1977); SEN, *Utilitarianism and Welfarism*, 76 *J. Phil.* 463 (1979); SEN, *The Welfare Basis of Real Income Comparisons: A Survey*, 17 *J. Econ. Literature* 1 (1979).

(51) Para ejemplos de académicos que han desarrollado aproximaciones empíricas basados en la sociedad, ver WALZER, *M, Sphers of Justice* (1938); CALABRESI, *supra* nota 36; CALABRESI, *Transaction Costs*, *supra* nota 9.

(52) Algunos han ido más lejos y se han aproximado al tema en modos no muy distintos al mío. Para ejemplos de académicos que rechazan el análisis simplista de Pareto en favor de acercamientos que directamente consideren temas como las preocupaciones distributivas, costos de transacción e innovaciones que desplacen la frontera, ver G. BRENNAN & J. BUCHANAN, *The Reason of Rules: Constitutional Political Economy*, 135-150 (1985); BECKER, *A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence*, 98 *Q.J. Econ.* 371, 394-396 (1983); DAHLMAN, *The Problem of Externality*, 22 *J.L. & Econ.* 141, 150-161 (1979); DEMSETZ, *Information and Efficiency: Anothe Viewpoint*, 12 *J.L. & Econ.* 1, 19-20 (1969); MARKOVITS, *The Relationship Between the Allocative Efficiency, Contextual Moral Permissibility, and Overall Desirability of a Private Act of Government Policy*, en *Symposium on Law and Economics* 23, 42-48 (Centre D'Etudes Juridiques Europeennes, Facultad de Derecho de la Universidad de Génova, 1990). También he tocado este tema en G. CALABRESI & P. BOBBITT, *supra* nota 11, en 83-87; CALABRESI, *On the General State of Law and Economics Research today and its Current Problems and Prospects*, *Law and Economics* 9, 11-12 (G. Skogh Ed., 1978).

(53) Ver, e.g., J. DE V. GRAAFF, *Theoretical Welfare Economics* 6 (1967) (reconociendo que las variables no económicas están influenciadas por variables económicas, pero concluyendo que "la única solución satisfactoria es asumir" que "las variables no económicas son exógenas"); A. M. POLINSKY, *supra* nota 36, en 9-10 (reconociendo que hay muchos conflictos entre eficiencia y equidad, pero concluyendo que "para propósitos de discutir el sistema legal, una presunción simplificadora razonable es que el ingreso puede ser distribuido sin costos) (énfasis original); BATOR, *The Simple Analytics of Welfare Maximization*, 47 *Am. Econ. Rev.*, 22, 28 (1957) (designar un sólo punto óptimo en el continuo infinito de las soluciones eficientes de Pareto requiere la función de bienestar social, pero tal función es «intrínsecamente acientífica»); MARKOVITZ, *The Causes and Policy Significance of Pareto Resource Misallocation: A Checklist for Micro-Economic Policy Analysis*, 28 *Stan. L. Rev.* 1, 4-5 (1975) (partiendo de que una mala asignación en términos de Pareto no implica necesariamente el deseo de la intervención gubernamental, pero centrándose exclusivamente en las causas e implicancias en las políticas de una mala asignación en términos de Pareto).

mayoría de aquellos que no lo hacen utilizan el distinto, pero fundamentalmente igual de defectuoso, examen de Kaldor-Hicks⁽⁵⁴⁾. ¿Es este un inofensivo desvío de la profesión o es, en realidad, algo que retrasa lo que los economistas y abogados-economistas deben estar haciendo?

Obviamente, creo que utilizar a Pareto como una muleta es positivamente dañino. Creo esto no sólo porque tal uso de Pareto tiende a esconder la inevitabilidad de los temas distributivos, pero también porque pienso que usar la muleta de Pareto tiende a impedir análisis serios del proceso de innovación por el cual, algunas veces, todos mejoran, aunque muchas veces todos no lo hacen.

Como he dicho, economistas usando el criterio de Pareto distinguen entre los movimientos hacia la frontera de Pareto y movimientos que amplían la frontera. El primero describe un tipo de movimiento superior en términos de Pareto que he sostenido no existe *ex ante*. El segundo se refiere a innovaciones tecnológicas u otras que hacen posible mejoras en el bienestar que previamente no eran factibles: un mejor trigo, energía solar barata, superconductores, maná. Lo que he estado diciendo es que **todos** los cambios con los que estamos

preocupados son de dos tipos. Primero, hay movimientos en los cuales existen ganadores y perdedores, v.gr., movimientos a lo largo de la frontera. En tales movimientos, los ganadores pueden ganar más de lo que los perdedores pierden, pero la compensación no es alcanzable. Estos movimientos sólo pueden ser justificados si uno considera quiénes son los ganadores y los perdedores y lo que han ganado o perdido⁽⁵⁵⁾. Esto, porsupuesto, es la base implícita de mucho del **actual** análisis económico del derecho⁽⁵⁶⁾. Segundo, y al menos igual de importante, son las ampliaciones de las fronteras que crean ganadores y pueden o no también crear perdedores. Estas han sido enfatizadas mucho menos por el análisis económico del derecho.

Lo interesante respecto de las ampliaciones de la frontera es que los economistas y abogados-economistas tienden a hablar de aquellas innovaciones «tecnológicas» y de conocimiento que están **para que ellos** las descubran y nos convenzan de que son «meramente» movimientos **hacia** la frontera, movimientos hacia la optimidad de Pareto⁽⁵⁷⁾. Aquellas innovaciones tecnológicas o de conocimiento que pagamos a **otras** disciplinas para que las hagan (y nos las vendan), por otro lado, son descritas como ampliaciones de la frontera,

(54) Ver, e.g., W. LANDES & R. POSNER, *The Economic Structure of Tort Law*, 17 (1987); R. POSNER, *supra* nota 8, en 12-14 & *passim*; EPSTEIN, *Rent Control and the Theory of Efficient Regulation*, 54 *Brooklyn L. Rev.* 741, 760-61 (1988); FISHER, *Reconstructing the Fair Use Doctrine*, 101 *Harv. L. Rev.* 1659, 1699 & n. 194 (1988); HADDOCK, *An Economic Analysis of the Brady Report: Public Interest, Special Interest, or Rent Extraction?*, 74 *Cornell L. Rev.* 841, 847 (1989).

(55) Hay, por supuesto, otra manera de justificar movimientos que impliquen ganadores y perdedores: esto es, ver si el proceso por el cual el movimiento es realizado o decidido es justo. La relación entre fines (estados finales) justos y procesos justos es compleja, mientras afecta mucho de lo que digo, ver, e.g., *supra* nota 42 (discusión del arrepentimiento), escapa del ámbito de este artículo

(56) Para relativamente explícitos reconocimientos de consideraciones acerca de que los ganadores y perdedores justifican las soluciones ofrecidas por el análisis económico del derecho, ver R. BORK, *The Antitrust Paradox: A Policy at war with itself* 72-89 (1978); W. LANDES & R. POSNER, *supra* nota 54, en 18; POSNER, *supra* nota 34, en 498-99. Para ejemplos de puntos de vista concurrentes acerca de que el análisis económico del derecho necesariamente se apoya en presunciones respecto de las consecuencias distributivas, ver Baker, *Starting Points in Economic Analysis of Law*, 8 *Hofstra L. Rev.* 939-953 (1980); BAKER, *The ideology of the Economic Analysis of Law*, 5 *Phil. & Pub. Aff.* 3, 9 (1975); BEBCHUK, *The Pursuit of a Bigger Pie. Can Everyone Expect A Bigger Slice?*, 8 *Hofstra L. Rev.* 671, 677-84 (1980); DWORKIN, *supra* nota 13, en 584; DWORKIN, *Is Wealth a Value?*, 9 *J. Legal Stud.* 191, 212-19 (1980); KRONMAN, *Wealth Maximization as a Normative Principle*, 9 *J. Legal Stud.* 227, 240-42 (1980); WHITE, *Coase and the Courts. Economics for the Common Man*, 72 *Iowa L. Rev.* 577, 606-11 (1987); ver también CALABRESI, *About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin*, 8 *Hofstra L. Rev.* 553, 555 (1980); CALABRESI, *supra* nota 36, en 833-34; CALABRESI, *supra* nota 34, at 90-92.

(57) Posner, por ejemplo, afirma que los jueces y los juristas deberían enfocar principios legales que enriquezcan la eficiencia, porque la eficiencia es el único valor que las cortes pueden efectivamente promover. R. POSNER, *supra* nota 8, en 23. Para ejemplos de afirmaciones similares por economistas que la economía principalmente ofrece revelaciones hacia el enriquecimiento de la eficiencia, ver R. DORFMAN, P. SAMUELSON & R. SOLOW, *Linear Programming and Economic Analysis* 409 (1958) (El óptimo de Pareto es una "herramienta estándar" de la economía del bienestar para determinar opciones de bienestar social preferibles); R. MC KEAN, *Efficiency in Government Through Systems Analysis* 132-33 (1958) (proponiendo que el análisis costo-beneficio se centre en enriquecer la eficiencia de los programas gubernamentales); E. MISHAN, *Economics for Social Decision* 15 (1973) (todos los cálculos en análisis costo-beneficio del bienestar social "a ser interpretados como contribuciones" a la magnitud de algunas mejoras potenciales de Pareto resultantes); DIAMOND & MIRLESS, *On the Assignment of Liability: The Uniform Case*, 6 *Bell J. Econ.* 487, 487 (1975) (ofreciendo análisis económico de asignaciones más eficientes de costos de externalidades); MC KEAN, *The Use of Shadow Prices, in Cost Benefit analysis* 119, 122-24 (R. Layard ed. 1972) (asumiendo como base para el análisis que el gobierno persigue el óptimo de Pareto en base a la actual distribución de riqueza); STIGLITZ, *Pareto Efficient and Optimal Taxation and the New New Welfare Economics*, in 2 *Handbook of Public Economics* 991, 992 (A. AUERBACH & M. FELDSTEIN eds. 1987) (la nueva economía de bienestar se limitó a identificar ineficiencias de Pareto que podían ser eliminadas).

como externas al sistema de Pareto⁽⁵⁸⁾. Esta clasificación, a mi juicio, ha llevado a un inadecuado análisis de cómo debemos intentar ampliar la frontera. Existen por supuesto diferencias entre lo que hacen los economistas y los ingenieros. Pero también hay similitudes. Y hay grandes diferencias entre lo que hacen los ingenieros, farmacéuticos y poetas. Cualquier taxonomía que pone a los economistas en una clase y a todos los demás innovadores en otra debe *prima facie* ser sospechosa, tanto por las diferencias que destaca como por las similitudes que ignora⁽⁵⁹⁾.

En cambio, debemos aceptar que siempre estamos en la frontera de Pareto y que por lo tanto **todos** los cambios son, al momento en que los hacemos, para el beneficio de alguien y el perjuicio de otro, o ampliaciones de la frontera (resultando de innovaciones en lo que conocemos, creemos o podemos organizar) o ambas. Entonces sería posible que salgamos con una clasificación más útil que aquella que trata a las innovaciones económicas como si fuesen internas al sistema y a todas las demás como si fuesen externas. Porque esta manera tradicional de ver las innovaciones no sólo hace una distinción arbitraria entre las innovaciones, también podría erróneamente hacer creer a algunos que lo que describe como movimientos hacia la frontera son más fáciles de alcanzar que las ampliaciones de la frontera. Y eso no tiene sustento en los hechos⁽⁶⁰⁾. Librados de la fantasía de un conjunto de «inexistentes» mejoras perfectas que están disponibles bajo el conocimiento ac-

tual, podremos mirar hacia otras, más significativas maneras de catalogar las innovaciones.

Podríamos primero intentar identificar aquellas innovaciones -sean tecnológicas, basadas en el conocimiento, legal-institucional, u otras- que podrían, concebiblemente, hacer **posible** que todos estuviesen en mejor posición. Podríamos concentrarnos, primero, en encontrar aquellos cambios que de manera inmediata no crean nuevos ganadores y dejan de compensar a los perdedores, distinguiéndolos de aquellos cambios en los que la ampliación de la frontera en sí crea condiciones que hacen que la subsecuente compensación sea costosa o de otra manera poco probable. Podríamos entonces concentrarnos en si es que existen maneras de impedir que la frontera se mueva demasiado rápido para evitar situaciones en las cuales hay nuevos ganadores que no compensarán a los perdedores; por ejemplo, podríamos considerar qué tipo de innovaciones pueden ser asociadas *ex ante* a un requisito de compensación que en si mismo puede ser hecho parte del proceso de cambio⁽⁶¹⁾.

Segundo, podríamos tratar de concentrarnos en aquellos cambios (sea que involucren una ampliación de la frontera o no) que inevitablemente hagan que algunas personas estén en mejor y otras peor situación. Podríamos entonces centrar nuestra atención en decidir cuáles de éstos valen la pena y cuáles no. La disponibilidad de mejoras en términos de Kaldor-Hicks ciertamente sería un factor, pero no sería el único tema en

(58) Para discusiones acerca de innovaciones tecnológicas y de conocimiento, yendo más allá de las meras optimizaciones de eficiencia, *ver, e.g.*, S. KUZTENS, Six Lectures on Economic Growth 14-15 (1959) (incrementos marcados en productos por unidad de trabajo, usualmente son posibles sólo a través de innovaciones mayores, incluyendo la aplicación de conocimientos científicos); HARBERGER, The Fundamentals of Economic Progress in Underdeveloped Countries: Using the Resources at Hand More Effectively, 49 AM. ECON. REV. 134, 134 (Supp. 1959) (avances espectaculares en la velocidad de crecimiento en países en desarrollo vendrán de las mejoras en la fuerza laboral y de los avances tecnológicos, no optimización de la eficiencia).

Para estar seguros, sin embargo, hay algunas áreas de economía, tales como la economía del desarrollado, que frecuente y explícitamente se preocupan de los movimientos de la frontera. *Ver, e.g.*, BUCHANAN, N. & ELLIS, H. Approaches to Economic Development 406, (1955) (cambio técnico, acumulación de capital, empresariado y especialización e intercambio son las fuentes de crecimiento más importantes); HAGEN, E. Economics of Development 29, (1968) (formación del capital y progreso técnico únicas causas importantes del desarrollo económico); G. MEIER & R. BALDWIN, Economic Development: Theory, History, Policy 336, (1957) ("mayor requerimiento es empujar hacia afuera la frontera de producción antes que simplemente alcanzar la frontera de producción existente); J. RAFFAELE, The Economic Development of Nations, 360-367 (1971) (discutiendo la necesidad cambiar el flujo de elementos de producción, incluyendo educación, instituciones, tecnología, medio ambiente y motivación del crecimiento económico).

(59) Para regresar a Coase, la clasificación tradicional es similar a, y tan engañoso como, la falte de examinar críticamente los costos que hacen a las empresas más económicas que los mercados y viceversa. Desde luego, analíticamente ambos pueden reflejar exactamente el mismo error.

(60) No quiero sugerir que los economistas serios están cerca de ser engañados a pensar que esta tarea es fácil. Pero los "groupies" de los economistas -los populistas y hasta políticos que piensan que entienden de economía- pueden fácilmente ser engañados.

(61) Incluso éstas es probable que impliquen perdedores: parece improbable que algún requerimiento de compensación pudiese alcanzar a *todos*. Adicionalmente, a menos que el dinero para identificar estas innovaciones sea entregado voluntariamente, las estrictas condiciones de Pareto serían violadas. Finalmente, tales requerimientos de compensación *ex-ante* podrían bien crear un prejuicio conservador que bloquearía otras mejoras, las que podrían significar ganadores "merecedores" del beneficio, con relativamente poco daño a los perdedores que no les importa mucho a la sociedad. Estos costos de oportunidad evitarían, por sí mismos, que tales innovaciones atadas a compensación lleven hacia un estado en el cual todos estuviesen realmente mejor. *Cfr. infra* nota 73 (La afirmación de Dean Micheal Levine respecto a que la inversión en la destrucción de ciertas barreras excluye inversiones en sobrellevar otras barreras y así implica costos de oportunidad).

la decisión. La identidad de los ganadores y perdedores sería por lo menos igual de crucial ⁽⁶²⁾.

No vale nada que la mayoría de los cambios tecnológicos, como la mayoría de los legales, traen consigo tanto ganadores finales como perdedores sin compensar. Así, a pesar de nuestros mejores esfuerzos, la mayoría de las ampliaciones de la frontera usualmente también traen consigo grandes movimientos a lo largo de la frontera. La invención del motor a vapor -el cual el juez Frankfurter llamó el más significativo acontecimiento legal del Siglo XIX ⁽⁶³⁾- llevó a todo tipo víctimas de accidente. Maná que cayese del cielo indudablemente perjudicaría la habilidad del granjero de vender sus productos. Y de ninguna manera está claro que la compensación, aun si fuese teóricamente posible ⁽⁶⁴⁾, podría darse.

Así, el objeto de por lo menos una posible taxonomía de innovaciones sería distinguir entre aquellas ampliaciones de la frontera que, si se alcanzaran, permitirían la compensación con cierta facilidad, de aquellas que la permitirían, pero sólo con dificultad.

Ambas podrían entonces distinguirse de aquellos cambios que, aún como una materia teórica, no pueden llevar a la compensación plena.

Otras clasificaciones serían quizás más importantes. Podríamos intentar catalogar los **tipos** de barreras que nos impiden ampliar la frontera (ya sea para beneficio de todos, o para el beneficio de aquellos que deseamos se beneficien). Podríamos, por ejemplo, concentrarnos en si tales barreras existen debido a:

(a) incapacidad tecnológica (v.gr., aquella que nos impide desarrollar un carro de que corra largas distancias a batería);

(b) incapacidad de organización (v.gr., la falta de desarrollar una manera adecuada y aceptable, en situaciones de no mercado, de causar que las preferencias sean reveladas ⁽⁶⁵⁾, llevando, por ejemplo, a problemas de «grandes números» en la economía ⁽⁶⁶⁾ y a muchas dificultades asociadas a la compensación en la responsabilidad civil ⁽⁶⁷⁾).

(c) incapacidad de conocimiento (ésta obviamente está relacionada a la incapacidad tecnológica, pero lo

(62) Ver *supra* nota 36.

(63) En conversación con secretarios de varios jueces, incluyendo el autor.

(64) Muchas veces no lo es: ¿Puedes compensar plenamente a una persona que ha sido matada? ¿Puedes reparar con dinero la pérdida de una manera de vida?

(65) Ver TIDEMAN & TULLOCK, A New and Superior Process for Making Social Choices, 84 J. Pol. Econ. 1145-1146 (1976) (identificando el problema del comportamiento estratégico y proponiendo la «solución de revelar-demanda»); ver también LEVMORE, Self-assessed Valuation Systems for Tort and Other Law, 68 Va. L. Rev. 771, 779, 784, 810-11, 853 (1982) (proponiendo sanciones del mercado, ofertas competitivas, coberturas de seguros de primera persona y ofertas de pago previas como una solución al problema de asegurar una revelación verdadera de preferencias en temas de impuestos patrimoniales, responsabilidad por daños y sistemas de auto evaluación); TIDEMAN, Ethical Foundations of the Demand Revealing Process 29-2 Public Choice 71, 72-76 (1977) (desarrollando un método estadísticamente basado revelador de demanda para la toma de decisiones públicas).

(66) El problema de los grandes números involucra el hecho que “individuos racionales e interesados en sí mismos no actuarán (en tales circunstancias) para alcanzar sus intereses comunes o de grupo” ante la ausencia de coerción o algún otro incentivo distinto de los intereses del grupo. M. OLSON, The Logic Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups 2 (1965). Problemas de grandes números surgen donde “ninguna contribución de un individuo hace una diferencia perceptible al grupo como un todo, o (a) la carga o beneficio de un solo miembro del grupo”, o donde “un miembro puede decidir si el grupo alcanzará o no un bien común”. *Id.* en. 44-45 & n.66.

Para discusiones sobre el problema de «grandes números» que se presentan en la provisión de bienes públicos, la regulación de la externalidades y la solución a situaciones como el dilema del prisionero, ver J. CONYBEARE, Trade Wars: The Theory and Practice of International Commercial Rivalry 56-62, 233-261 (1987); D. MUELLER, Public Choice 13-15, 34-35 (1979); M. OLSON, *supra*, en 9-16, 43-52; CORNES & SANDLER, Easy Riders, Joins Production, and Public Goods, 94 Econ. J. 580, 589 (1984). Para una discusión sobre cómo la toma de decisiones de grandes números incrementa las oportunidades para un comportamiento estratégico y el costo de tomar decisiones, ver J. BUCHANAN & J. TULLOCK, *supra* nota 38, en 105-06.

(67) Para discusiones acerca de las dificultades medir correctamente valoraciones idiosincrásicas de los daños y los problemas que estas dificultades representan para determinar la compensación en casos de responsabilidad civil, ver G. CALABRESI, The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis 205-25 (1970); BÖRVERG, SLOAN & BLUMSTEIN, Valuing Life and Limb in Tort: Scheduling 'Pain and Suffering', 83 Nw. U.L. Rev. 908, 952-53 (1989); CALABRESI & MELAMED, *supra* nota 10, en 1106-10; ELLICKSON, Alternatives to Zoning: Covenants, Nuisance Rules, and Fines as Land Use Controls, 40 U. Chi. L. Rev. 681, 745-46 (1973); INGBER, Rethinking Intangible Injuries: A Focus on Remedy, 73 Calif. L. Rev. 772, 772-73 (1985); LEVMORE, *supra* nota 65, en 790-837; LEWIN, Compensated Injunctions and the Evolution of Nuisance Law, 71 Iowa L. Rev. 775, 803-16 (1986); SMITH, The Critics and the «Crisis»: A Reassessment of Current Conceptions of Tort Law, 72 Cornell L. Rev. 765, 769-72 (1987).

Temas comparables se presentan en determinar y compensar valoraciones idiosincrásicas y subjetivas de propiedad en el contexto de dominio eminente. Ver, e.g., R.EPSTEIN, Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain, 182-86, 216-18; KNETSCH & BORCHERDING, Expropriation of Private Property and the Basis for Compensation, 29 U. Toronto L.J. 237, 237-42 (1979); MERRILL. The Economics of Public Use, 72 Cornell L. Rev. 61, 82-85 (1986).

que quiero decir con ella es algo así como la inhabilidad de probar un teorema demostrando que un movimiento hacia el estado *B* haría a todos estar en mejor situación que en la condición *A*);

(d) incapacidad retórica o de conocimiento, o inhabilidad de convencer a las personas sobre sus propios intereses (v.gr., las dificultades, destacadas por un economista, de tratar de convencer a las personas que guardar su dinero en una media no es la manera más beneficiosa de almacenarlo, o que un salario mínimo obligatorio puede lesionar a algunos de sus más persuasivos partidarios)⁽⁶⁸⁾. Aun si la incapacidad de conocimiento o la incapacidad tecnológica fuesen superadas, la incapacidad retórica podría permanecer. Así, probar el teorema demostrando que un movimiento hacia el estado *B* será deseable, no garantiza que las

personas acepten la evidencia. De manera similar, que un carro que corre largas distancias a batería haya sido desarrollado, no implica que las personas vayan a creer que en realidad funciona⁽⁶⁹⁾.

Mi lista es extremadamente simplista y rudimentaria. El proceso de clasificar «barreras» o «costos» de forma útil es difícil, aún cuando nos damos cuenta qué es lo que debemos estar haciendo⁽⁷⁰⁾. Está en la médula del trabajo altamente innovativo del profesor Oliver Williamson sobre la economía de los costos de transacción⁽⁷¹⁾. Aquí nuevamente la conexión a Coase se vuelve aparente. Porque el trabajo de Williamson involucra la clasificación y análisis de precisamente aquellas barreras a las ampliaciones de la frontera que Coase denominó costos de transacción⁽⁷²⁾. El fracaso del examen de Pareto desarrollado en este artículo significa

(68) Ver JOHNSON, P. Saving and Spending: The Working-Class Economy in Britain 1870-1939, 1985. en 88, 97-98 (discutiendo acerca de la acumulación de ahorros de la clase trabajadora y las dificultades experimentadas por trabajadores no calificados en discernir qué formas de ahorro proveen un mejor valor).

Para evidencia de los efectos económicos de las leyes de sueldo mínimo y consideraciones acerca del impacto adverso del sueldo mínimo en la juventud, los pobres y los miembros de los grupos minoritarios, ver POSNER, R. *supra* nota 8, en 308-310; BEHRMAN, STICKELS & TAUBMAN, The Impact of Minimum Wages on the Distributios of Earnings for Major Race-Sex Groups: A Dynamic Analysis, 73 Am. Econ. Rev. 766 (1983); BROWN, GILROY & KOHEN, The Effect of the Minimum Wage on Employment and Unemployment, 20 J. Econ. Lit. 487 (1982); LINNEMANN, The Economic Impacts of Minimum Wage Laws: A New Look to an Old Question», 90 J. Pol. Econ. 443 (1982); MINCER, Unemployments Effects of Minimum Wages, 84 J. Pol. Econ. S87 (1976). Para una discusión sobre la incapacidad retórica para convencer a los individuos acerca de sus necesidades de aseguración, ver G. CALABRESI, *supra* nota 67, en 56-57.

(69) La incapacidad retórica puede también incluir las dificultades que se presentan en educar a la población acerca de cuáles son sus titularidades.

(70) Jules Coleman me ha sugerido una taxonomía más compleja que distinguiría entre: (a) los costos de disponer a uno mismo para actuar de manera tal que haga posible ganancias cooperativas que no serían posibles de otra forma; (b) los costos de disponer a uno para actuar de forma cooperativa cuando la racionalidad de hacerlo depende de la existencia de otros que estén similarmente dispuestos y uno no sabe si lo están o no (la clave en ambos casos es la posibilidad de revisar la disposición de uno en oposición a los costos de la maquinaria coercitiva externa); y (c) los costos de cambiar las reglas o la estructura del juego o el armazón institucional de tal forma que genere ganancias que no puedan conseguirse cuando el juego es el que jugamos actualmente. Bruce Ackerman favorecería taxonomías que distingan entre las formas de evaluar las transiciones y las formas de evaluar los resultados finales. Robert Ellickson, en un artículo de una reciente *Yale Law Journal*, sugiere una taxonomía de costos de transacción que los dividiría en: (a) costos de asociación; (b) costos de decisión y ejecución; y (c) costos de información (luego procede a realizar más distinciones, especialmente con respecto a los costos de información). Ver ELLICKSON, *supra* nota 20.

Todas éstas tienen un gran mérito. Mi objetivo, sin embargo, no es crear una taxonomía definitiva o casi terminada. Es más bien sugerir algunas de las cosas en las que deberíamos estar pensando al desarrollar una taxonomía una vez que nos demos cuenta que la actualmente dominante no funciona.

(71) Ver, e.g., WILLIAMSON, Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications, (1975); WILLIAMSON, Transaction Cost Economics, in Handbook of Industrial Organization (R. Schmalensee & R. Willig eds. 1989); WILLIAMSON, Transaction Cost Economics: The Governance of Contractual Relations, 22 J.L. & Econ. 3 (1979) (en adelante WILLIAMSON, Governance); WILLIAMSON, A Microanalytic Assessment of «The Share Economy», 95 Yale L.J. 627 (1986). Para opiniones sobre el significado de la obra de Williamson, ver HART, Incomplete Contracts and the Theory of the Firm, 4 J.L. Econ. & Org. 119, 121-24 (1988); JOSKOW, «Asset Specificity and the Structure of Vertical Relationships: Empirical Evidence, 4 J.L. Econ. & Org. 95, 97-102 (1988).

(72) Para ejemplos de clasificación y análisis de los costos de transacción, ver O. WILLIAMSON, The Economic Institutions of Capitalism 43-63 (1985) (efectos lock-in); O. WILLIAMSON, *supra* nota 71, en 20-40 & *passim* (1975) (discutiendo «racionalidad limitada», «oportunismo», «negociando en pequeñas cifras» e «impactos de la información»); WILLIAMSON, Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange, 73 Am. Econ. Rev. 1983, 519 (capital humano, capital físico y locación específica); WILLIAMSON, Franchise Bidding for Natural Monopolies - In General and with Regard to CATV, 7 Bell J. Econ. 73 (1976) (capital específico); WILLIAMSON, Governance, *supra* nota 71 (inversiones idiosincrásicas); GOLDBERG, Regulation and Administrated Contracts, 7 Bell J. Econ. 426 (1976) (nexo entre inversiones relación-específico y comportamiento oportunista); GROSSMAN & HART, The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical Integration, 94 J. Pol. Econ. 691 (1986) (dificultad en particularizar derechos contractuales extensivos); HART, *supra* nota 71 (comportamiento estratégico para «desenmascarar» ganancias); JOSKOW, *supra* nota 71 (relación de inversiones específicas, información asimétrica, costos de escribir, monitorear y hacer cumplir contratos); KLEIN, CRAWFORD & ALCHAIN, Vertical Integration, Appropiable Rents, and the Competitive Contracting Process, 21 J.L. & Econ. 297 (1978) (inversiones relación-específico).

que estamos **destinados** a emplear el análisis de Williamson, posiblemente en una escala mayor que el propio Williamson.

Una vez que hemos catalogado apropiadamente las barreras a las innovaciones, podemos entonces decidir cuáles valen la pena atacar y cuáles no. Esto involucra adivinar o analizar cuáles de estas barreras podemos eliminar al menor costo social si, por ejemplo, invertimos en investigación respecto a cómo destruirlas. Podría valer la pena golpear las barreras porque puede ser que caigan con cierta facilidad y porque, si llegan a caer, todos estarán en mejor situación. Pero las barreras podrían también ser blancos apropiados (quizás aun mejores blancos) porque tenemos una razón para creer que el costo de atacarlas no sería demasiado elevado y que un número suficiente de ganadores merecidos se beneficiarían a un costo relativamente reducido para los perdedores⁽⁷³⁾.

Este tipo de análisis también sugiere que podríamos investigar cuáles categorías de inventores-innovadores más vale la pena apoyar. Nos requeriría considerar si es que, en un momento dado, podemos

esperar las mayores retribuciones de los economistas, abogados-economistas, físicos, ingenieros, psicólogos o poetas⁽⁷⁴⁾. ¿Cuál de éstos esté mejor preparado para identificar los riesgos que «relativamente» valen la pena? ¿Cuál está mejor preparado para ganar la apuesta? Todo esto puede parecer espantosamente materialista. Pero, si es así, el lector ha olvidado que las ampliaciones de la frontera no son, de modo alguno, sólo materiales. Pueden ser morales, estéticas y altruistas igualmente⁽⁷⁵⁾. Una vez más, los fracasos analíticos pueden haber llevado a un inapropiado enfoque por parte de los economistas y abogados-economistas y sus agendas (porque lo que fomentan son «simplemente movimientos hacia la frontera») y por parte de los científicos serios (porque, a diferencia de los economistas, éstos realmente amplían la frontera)⁽⁷⁶⁾. Otras disciplinas que podrían, cuando amplían la frontera, hacerlo con pocos perdedores, o a un costo muy reducido, pueden haber sido dejadas fuera de la fotografía⁽⁷⁷⁾.

No quiero sugerir con esto que la economía o la ciencia sería no sean tan importantes de apoyar como la literatura comparada, o quizás más aún. Sólo busco

(73) Donde inversiones en investigación no son hechas voluntariamente, la destrucción de barreras cuya remoción mejoraría a todos conlleva perdedores *ex ante*: aquellos obligados a invertir. Aún las inversiones voluntarias, sin embargo, conllevan perdedores, si hacerlas precluye otras inversiones que habrían destruido otras barreras. Porque aquellos que podrían beneficiarse más de la destrucción de estas otras barreras sufren los costos de oportunidad de la inversión inicial. Dean Michael Levine hizo esta observación como un comentario a su trabajo en la conferencia de Coase descrita anteriormente, *supra* nota 1.

(74) Alternativamente, podría indicar el deseo de crear estructuras que tomarían estos pagos en cuenta para determinar financiamiento, sin requerir consideraciones colectivas explícitas respecto a qué categorías tienen el mayor potencial de pago. Nuevamente, las aproximaciones de mercado y no mercado son bastante simétricas.

(75) La palabra «frontera», con su implicación de materialidad y aún de unidades de medida, hace olvidar esto muy fácil. Uno debería, sin embargo, tratar de recordar que palabras como «frontera» o «costos» son usadas por conveniencia en tales discusiones y no necesariamente conllevan la materialidad que sugieren.

Para una sugerencia respecto a cómo los cambios en la moralidad y el comportamiento altruista podrían mover la frontera de Pareto hacia afuera, ver A. BUCHANAN, *Marx and Justice: The Radical Critique of Liberalism* 92-97 (1982) (beneficios «en proceso»), pero no principios coercitivos o morales, pueden sobrellevar problemas de bienes públicos de manera compatible con principios Marxistas); D. GAUTHIER, *Morals by Agreement* 4, 113 (1986) (principios morales derivados de la teoría de elección racional pueden proporcionar beneficios sociales a través de la cooperación mejorada); M. TAYLOR, *Community, Anarchy and Liberty* 59 (1982) (anarquismo comunitario como medio para proporcionar bienes públicos); M. TAYLOR, *The Possibility of Cooperation* 30 (1987) (discutiendo la cooperación voluntaria como una solución a los problemas de la acción colectiva, tales como la provisión de bienes públicos).

(76) Para ejemplos sobre cómo enfocar a las agendas de los abogados-economistas, ver *supra* notas 57-60 y el texto que las acompaña. Es un punto en común para un género de literatura económica académica que las innovaciones en la ciencia y tecnología hacen la contribución más significativa al bienestar material existente en la sociedad. Ver, e.g., J. KENDRICK, *Productivity Trends in the United States* 187 (1961) (innovación, escala y ciclos del negocio, factores con más influencia en la productividad); S. KUZNETS, *supra* nota 58, en 29 ("El progreso tecnológico continuo y, subyacente a esto, una serie de nuevos descubrimientos científicos son las condiciones necesarias para el alto grado de crecimiento moderno del ingreso *per capita* combinada con un grado substancial de crecimiento en la población"); HAREBERGER, *supra* nota 58, en 134 ("avances espectaculares en la tasa de crecimiento" provienen del paso incrementado del avance tecnológico, sin eliminar las distorsiones en mecanismo de precios).

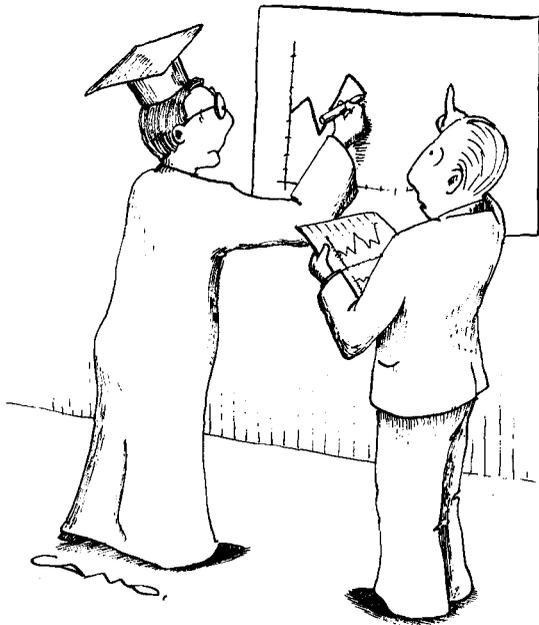
(77) Yo enfatizo «pocos perdedores» o «costo reducido» porque la poesía también puede lesionar; también tiene sus costos. Los costos antes discutido, ver *supra* nota 73, se aplican también a la literatura. Pueden también haber otros costos. Cfr. ALIGHIERI, Dante. *Infierno*, canto V (traducido al inglés por A. Mandelbaum, 1980) (la literatura incita a actividades que traen el castigo eterno:

Un día, para pasar el tiempo, leímos / de Lancelot- cómo el amor lo dominó. / Estábamos solos, y nada sospechábamos. / Y una y otra vez esa lectura guió / nuestros ojos a encontrarse, e hizo nuestros rostros palidecer, / y un sólo punto nos venció. / Cuando habíamos leído cómo la sonrisa deseada / fue besada por aquel que fue un verdadero amante, / éste, que nunca debe ser apartado de mí, / mientras todo su cuerpo temblaba, besó mi boca / ...ese día no leímos más.)

criticar un modelo que, por lo menos psicológicamente, sino lógicamente de manera inevitable, hace difícil prestar verdadera atención al problema de determinar cuáles barreras a una mejor vida vale la pena atacar y cuáles no. La economía neutral de Pareto y Lionel Robbins nos conduce a centrarnos en aquellas situaciones en las cuales las mejoras ocurrirían si es que ciertas condiciones hipotéticas se mantienen ciertas: «si sólo no existiesen externalidades o costos de transacción»; «si sólo las personas fuesen menos obstinadas y aceptarían lo que los economistas han demostrado»; o, «si sólo

una estructura organizativa o legal -que en los hechos no está disponible- existiera». En otras palabras, «si sólo el mundo fuese distinto a lo que es». Siempre que nos centremos en estas situaciones, sin embargo, es muy probable que nos perdamos otras excelentes oportunidades de mejorar nuestras vidas. Algunas veces estas mejoras cuya premisa es «si sólo» realmente presentarían las maneras más prometedoras de ampliar la frontera. Pero otras veces serán totalmente fantasiosas y alcanzarlas imposible o extremadamente costoso. No llegaremos muy lejos, sin embargo, en decidir si es que son fáciles o imposibles si las tratamos todas de manera similar, como movimientos hacia la frontera en un modelo simplista de la optimidad de Pareto.

Tomar seriamente la revelación de Coase que **todo**, incluyendo los mercados existentes y los potenciales mercados, tiene costos, significa que podemos concentrarnos en **cuáles** son los tipos de costos que deberíamos de manera realista tratar de reducir y de cuáles, por el momento, no vale la pena preocuparse. Este es el tipo de análisis que la economía de los costos de transacción de Williamson ha intentado, con considerable éxito, dentro de la economía⁽⁷⁸⁾. Llevando la revelación de Coase más lejos, hasta negar cualquier diferencia entre movimientos hacia la frontera y ampliaciones de la frontera, conduce a un más extenso, socialmente amplio, análisis del mismo tipo. Nos requiere que le preguntemos a los creadores humanos, aquella penúltima pregunta: ¿Cuáles acciones son más probables, al menor costo, de ampliar la frontera, y quién ganará y quién perderá con tales movimientos?⁽⁷⁹⁾ ㄹ



(78) Ver, e.g., O. WILLIAMSON, *supra* nota 71, en 115-16, 163-71, 223-26, 245-47, 258-63 (1975); WILLIAMSON, Assessing Vertical Market Restrictions: Antitrust Ramifications of the Transaction Cost Approach, 127 U. Pa. L. Rev. 953 (1979); WILLIAMSON, Intellectual Foundations: The Need for a Broader View, 33 J. Legal Educ. 210 (1983); P. JOSKOW & R. SCHMALENSEE, Markets for Power: An Analysis of Electric Utility Deregulation 129-52 (1983); JOSKOW, Price Adjustment in Long-term Contracts: The Case of Coal, 31 J.L. & Econ. 47 (1988); MASTEN & CROCKER, Efficient Adaptation in Long-term Contracts: Take-or-Pay Provisions for Natural Gas, 75 Am. Econ. Rev. 1083 (1985); MONTEVERDE & TEECE, Supplier Switching Costs and Vertical Integration in the Automobile Industry, 13 Bell J. Econ. 206 (1982).

(79) A pesar de que esta pregunta está íntimamente ligada a la justicia, para alguno de nosotros, al menos, no puede ser la última; esa pregunta debe ser trascendental.