
¿Son los valores inconmensurables o es la utilidad la rectora del mundo?^(*)^(**)

Richard A. Epstein
Profesor de Derecho James Parker Hill,
Universidad de Chicago.

1 Introducción: Dos visiones de la naturaleza humana.

Parece que, con prescindencia de qué camino tome cada una hoy en día, existe un estrecho vínculo entre el Derecho y las disciplinas contiguas a él. El nexo entre el Derecho y la Economía se encuentra bien establecido y se remonta al menos a dos generaciones atrás, y tal vez más. Pero el vínculo entre Derecho y Filosofía ha crecido rápidamente en años recientes. Y frecuentemente la Filosofía es desarrollada, con objetivos similares a los de la Economía, para comprender el Derecho.

Un conflicto entre las dos disciplinas gira en torno a las relaciones entre las preferencias, la utilidad y la elección. Para el abogado-economista, estos términos son conceptos no problemáticos⁽¹⁾. Las preferencias de los individuos son usualmente referidas como estables y bien definidas. Son también referidas como largamente subjetivas y no susceptibles de comparación entre

personas. Cuando estas preferencias cambian, sin embargo, tienden a hacerlo en una forma relativamente predecible, por ejemplo, con un mayor ingreso o con la edad. La utilidad es lo que las personas persiguen cuando eligen entre las alternativas disponibles, ya sea que se desenvuelvan en el ámbito comercial o social. El postulado de la elección racional basada en el interés individual requiere algunas modificaciones en sus extremos, pero provee ciertamente la orientación básica del 'enfoque' del análisis económico del Derecho sobre el particular.

La visión alternativa de la naturaleza humana no es tan clara. Los filósofos no aceptan fácilmente las simples regularidades de la conducta humana que sustentan aquella impresión en los economistas. Los conceptos que los economistas tratan como no problemáticos se tornan problemáticos y cuestionados cuando son analizados por filósofos, quienes hacen más fácilmente la pregunta: "¿qué entiende usted por (...)?" El simple esquema del comportamiento humano que

(*) Título original: *Are values incommensurable, or is utility the ruler of the world?* Publicado originalmente en el Utah Law Review, Volumen 1995, No. 3, pp. 683-715. Este ensayo es una versión revisada, reorganizada y ampliada de la Vigésimo Novena Conferencia William H. Leary ofrecida en la Escuela de Derecho de la Universidad de Utah el 16 de Noviembre de 1994. Reproducido con autorización expresa del autor. Agradecemos al Dr. José Juan Haro Seijas, por la cesión del presente artículo, así como por la gestión de la correspondiente autorización.

(**) Traducción de Alvaro Díaz Bedregal, Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Miembro de la Asociación Civil IUS ET VERITAS. Se ha introducido notas de traducción identificadas con números romanos para facilitar la comprensión de algunos términos utilizados en el texto original y, con el mismo propósito, notas dentro de los signos "[]" cuando éstas estuvieran referidas a parte del texto incluido en una nota a pie de página del texto original. Agradecemos la colaboración del Profesor Miguel Giusti Hundskopf en la referencia sobre los trabajos filosóficos aludidos en el texto. El autor utiliza el término 'Dimensión' abarcando en él distintos ámbitos de bienes y/o experiencias humanas entre las que puede generarse la necesidad de elegir, a veces en forma radical (como por ejemplo, dedicar el poco tiempo disponible a estudiar o a la pareja). Se postula luego que, en los hechos, las personas no tienen dificultades para hacer elecciones entre bienes ubicados en distintos dominios.

(1) Ver: e.g. BECKER, Gary S. *The economics of discrimination*. Segunda Edición. 1971. (Aplicando teoría económica al tema de la discriminación racial); POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 1981. (Aplicando teoría económica a temas como la difamación, el derecho a la intimidad y privacidad y el origen del Estado).

subyace al modelo económico es más una materia de análisis que un instrumento a utilizarse, tal como en el trabajo de Jon Elster⁽²⁾. Las preferencias son frecuentemente entendidas por ellos como endógenas, moldeables, inestables, discontinuas y sujetas a cambios radicales basados en la formación individual y las circunstancias externas. La racionalidad y el interés individual frecuentemente conducen a visiones de las emociones y del comportamiento humano más variadas pero menos comprensibles⁽³⁾. Y el aquel clásico concepto -utilidad- es sujeto a escrutinio por quienes creen que es demasiado simple y elusivo para permitir un entendimiento cabal de las principales motivaciones de la conducta humana.

Estas diferencias en orientación y enfoque en temas metodológicos tienden una gran sombra sobre las preguntas de teoría política, especialmente cuando las diferencias están relacionadas con la interacción entre Política y Economía. Los economistas que empiezan con modelos simples de preferencias, racionalidad, elección y maximización individual de la utilidad no son necesariamente anarquistas o devotos no críticos de una economía liberal. Ellos conciben una función del gobierno en la protección de la libertad y la propiedad, la ejecución de los contratos y la provisión de bienes públicos. Sin embargo, no se inclinan por una intervención del gobierno como la del New Deal⁽ⁱ⁾ o del moderno Estado de Bienestar⁽ⁱⁱ⁾. De otro lado, los filósofos y sus colegas abogados que tengan una visión más crítica sobre estos asuntos tienden a ser más intervencionistas y concebir un papel más grande para el gobierno en la regulación de las relaciones sociales y económicas.

Las diferencias no son categóricas, pero se han convertido en fuertes tendencias que se expresan a través de grandes espacios del campo legal. En este ensayo, abordo una pregunta: ¿qué función debe cumplir la idea de inconmensurabilidad en la organización de nuestras ideas sobre la conducta

humana y las instituciones sociales? El tema es amplio porque aquellos que creen que la inconmensurabilidad es un gran problema teórico creen típicamente que es un error pensar que las concepciones de utilidad (y las nociones asociadas de satisfacción, felicidad y placer) explican adecuadamente a la mayor parte de las interacciones humanas consideradas fuera del mercado. Consecuentemente, exigen que los ciudadanos, las cortes y los legisladores combatan la tendencia a 'patrimonializar'⁽ⁱⁱⁱ⁾ ciertas relaciones o a permitir que conexiones cuantitativas o dinerarias intervengan en ciertas circunstancias sociales.

En un sentido, este ensayo debe ser entendido como una respuesta a este insistente desafío al análisis utilitarismo, mejor enfocado. Desde mi punto de vista, hay muchas razones que explican por qué es difícil para individuos y grupos hacer elecciones y difícil para los Estados dar con la forma de regulación óptima. Las formas comunes de incertidumbre son endémicas inclusive en el más determinista de los modelos. Muchas veces, las opciones no son continuas en buena medida, convirtiendo la elección en difícil aun cuando ésta sea hecha dentro de una sola dimensión.

Frecuentemente, los individuos buscan maximizar no sólo su propio bienestar sino el de su familia y amigos cercanos. Una vez que estas dificultades son tomadas en cuenta, los análisis económicos normales (asumiendo beneficio mutuo en un intercambio voluntario, pero pérdida social neta en caso de agresión o robo) están en mejor condición para abordar las respuestas sociales frecuentemente entendidas como generadoras de las preguntas más problemáticas para los utilitaristas tradicionales.

La cuestión de la inconmensurabilidad es propuesta para explicar la riqueza de la elección humana y del comportamiento, pero en la práctica aporta muy poco a ese objetivo. La teoría utilitarista normal es suficientemente robusta para abordar estos complejos casos, y suficientemente simple para

- (2) Ver: ELSTER, Jon. *Sour Grapes: Studies in the subversión of rationality*. 1983. (discutiendo cómo las preferencias que subyacen a la elección son formadas por imposición de la necesidad).
- (3) Ver: NUSSBAUM, Martha. *Plato on Commensurability and Desire*. En: *Love's Knowledge*. 106. pp. 120-122. (Cuestionando la teoría platónica acerca de que la educación en la conmensurabilidad puede prevalecer sobre los deseos humanos).
- (i) Se comprende en esta expresión los principios económicos y políticos y las políticas específicas aplicadas por el Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica Franklin Delano Roosevelt durante los años 30 para la recuperación económica de ese país.
- (ii) Esencialmente, un Estado en el que el bienestar de los ciudadanos, específicamente su empleo, cuidado médico, seguridad social entre otros, son considerados como responsabilidad del gobierno.
- (iii) Se utiliza esta expresión por el término "*commodify*" en el idioma original.

comprender por qué éstos se producen y qué debe hacerse con ellos. Finalmente entonces, estamos en mejor posición si dejamos poner las preguntas sobre la inconmensurabilidad de lado, que sí les otorgamos un lugar central ya sea en el discurso filosófico o en la teoría legal.

El esquema de este ensayo, entonces, es el siguiente. En la parte 1.1, explicaré el ideal de la inconmensurabilidad y su relación con la idea semejante, aunque no exactamente, de valor subjetivo. Esta idea es crítica de las formas típicas de teoría utilitarista y de las nociones de riqueza, concepto ligado fuertemente, mas no igual a utilidad. En la parte 2.1., pasaré de la explicación a la argumentación, e insistiré en que los problemas comunes de la elección son entendidos de mejor forma dentro del esquema de trabajo utilitarista que incide en la importancia de la incertidumbre y el análisis marginal. Daré especial atención a los problemas de las preferencias discontinuas y la interdependencia de utilidad entre personas que están relacionadas en razón de consanguinidad o afinidad^(iv). En la parte 3 pasaré del análisis de argumentación a las reglas legales. En la sección 3.1 explicaré como los puntos de vista utilitaristas defendidos justifican el principio general de autonomía individual y aportan al limitado espacio para los privilegios especiales, como los que encontramos comúnmente en la responsabilidad extracontractual. En la sección 3.2 el análisis es extendido a temas diversos como la decisión del voto a cambio de dinero^(v), el matrimonio y la ética en el campo de la medicina. En estos contextos, defiendo la propuesta de que la inconmensurabilidad no explica cómo las elecciones pueden ser hechas y, ciertamente, hace parecer por demás incomprensible todo el proceso de efectuar elecciones .

1.1 Inconmensurabilidad y utilitarismo.

La mayoría de las discusiones sobre la inconmensurabilidad comienzan con una discusión teórica y luego son enfocadas a casos particulares. A nivel teórico, la pregunta fundamental es si las elecciones entre bienes y entre cursos de acción alternativos son fácilmente reducibles a una métrica común. Decir que estas elecciones son inconmensurables significa que las opciones relevantes se encuentran en distintas esferas -aunque nunca es claro cuántas- al punto de que puede decirse “A y B son inconmensurables si no es verdad que alguna sea mejor que la otra ni que ambas son de igual valor⁽⁴⁾”.

Como una definición de trabajo, este enfoque tiene sentido porque queda bastante claro que dos elementos se encuentran en distintos dominios si no puede decirse que uno de ellos sea menor, igual o mayor que el otro. Si estos dominios separados son posibles, entonces es difícil encontrar maneras de “intercambiar” distintos elementos con otros⁽⁵⁾. Un corolario a esta definición se concentra en el intercambio entre ciertos bienes o relaciones y dinero⁽⁶⁾. Más aún, en algunas áreas esta propuesta es hecha en forma más fuerte que esa, para indicar que la sola idea de hacer comparaciones precisas entre varios tipos de experiencias humanas es en sí compleja y problemática, tan difícil y poco intuitiva, que deberíamos todos abandonar la empresa. Tomar la posición en esa forma extrema conlleva la idea de que todas las elecciones puedan ser entendidas como irracionales porque no conocemos cómo pesar los beneficios o perjuicios, perseguidos o evitados, y entonces no existe razón para preferir algún curso de acción o algún estado de las cosas sobre otro.

En algunos casos se ofrece un argumento más moderado, que indica que al no poder hacerse

(iv) Esta expresión por “*bounded by blood or marriage*”, abarcándose en el análisis del autor, como es su intención, los lazos de consanguinidad y afinidad englobados en la concepción civil tradicional.

(v) Esta expresión por “*vote selling*”.

(4) RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. 1986. p. 322.

(5) Para una defensa de la conmensurabilidad, ver GRIFFIN, James. *Are there inconmensurable values?* En *Philosophy and Public Affairs*. 39, No.7, 1977. Para visiones más escépticas ver, RAZ, Joseph Op. Cit. pp. 321-366 y SUNSTEIN, Cass R. *Incommensurability and valuation in Law*. En: 92 *Michigan Law Review* 779, 1994.

(6) ANDERSON, Elizabeth *Value in ethics and economics* 1993, pp. 8-9. Anderson apela a la noción kantiana de que “(E)n el reino de los fines todo tiene un precio o una dignidad. Todo lo que tenga un precio puede ser reemplazado por algo distinto como su equivalente (...) lo que está sobre todo precio, y por tanto no admite equivalente, tiene una dignidad” (citando a KANT, Emmanuel, *Grounding for metaphysics of Morals* 40. Traducción de James Ellington, de 1981). Una pintura única e irremplazable como la Mona lisa (o Gioconda) tiene un precio si es puesta a la venta. ¿Ello implica que no tenga dignidad?

intercambios precisos entre tipos diferentes de bienes y experiencias, no puede hacerse, mediante la deliberación y la discusión, elecciones responsables acerca de cómo las personas deben vivir sus vidas individual o colectivamente. Frecuentemente, la preocupación sobre la inconmensurabilidad de los valores se entremezcla con un argumento acerca de la “patrimonialización” -el argumento de que ciertos dominios asociados con características íntimas o personales no pueden sobrevivir en colisión con un mercado (nexo con el dinero)⁽⁷⁾. La inconmensurabilidad implica además que ciertos bienes colectivos no pueden ser evaluados mediante un análisis costo-beneficio común del tipo ordinariamente aplicado a las decisiones de negocio en una empresa ubicada en un mercado. El punto final es que la mayoría de autores que abordan la inconmensurabilidad de valores como un valor filosófico importante, tienden a favorecer, o al menos tolerar, grandes medidas de intervención gubernamental usualmente por un Estado que sí puede hacer el tipo de comparaciones y evaluaciones que los mercados supuestamente no pueden alcanzar⁽⁸⁾.

El objetivo filosófico de estas preocupaciones sobre la inconmensurabilidad es cierto tipo de utilitarismo. Del utilitarismo se dice que sufre insalvable dificultad conceptual consistente en que busca reducir experiencias y bienes fundamentalmente distintos a una sola dimensión o métrica -un proceso que permite hacer elecciones en forma ordenada y racional⁽⁹⁾. Este ensayo ofrece una defensa de la posición utilitarista tradicional en contra de esta posición filosófica, ostensiblemente

rígida; muestra cómo la defensa se desarrolla a sí misma en la teoría social general, y finalmente indica dónde, dependiendo de qué teoría se elija, puede marcarse una diferencia al analizar temas jurídicos.

1.1.1 Inconmensurabilidad versus Subjetividad.

Inicialmente, es importante notar que el tema de la inconmensurabilidad encuentra resonancia en conjunción con una corriente del pensamiento utilitarista que insiste en que en que todos los valores deben ser referidos como subjetivos y personales respecto del individuo que los ostenta. Sin embargo, hay un punto vital que separa estas dos teorías. La subjetividad tiene dificultad al hacer comparaciones de utilidad o bienestar entre las personas^{(vi)(10)}. La inconmensurabilidad tiende a preocuparse de las dificultades al hacer comparaciones no entre personas sino entre actividades, inclusive cuando éstas son realizadas por una misma persona.

Existe, más aun, una segunda diferencia crítica entre la teoría tradicional del valor subjetivo (en la que confían los devotos de los gobiernos pequeños) y la teoría de la inconmensurabilidad (usualmente invocada por sus opositores, defensores de un gobierno grande, o al menos más grande). El creyente en las preferencias subjetivas sostiene que las preferencias individuales son estables y coherentes en las personas y que los esfuerzos teóricos para complicar las decisiones basadas en estas características humanas (como los asociados con Amartya Sen⁽¹¹⁾ o Ronald Dworkin⁽¹²⁾) están más preocupados por casos aislados que no son comúnmente encontrados en la vida real.

(7) Ver: RADIN, Margaret J. *Compensation and Commensurability*. En: 43 Duke Law Journal No. 56, 1993 pp.; 57-60; RADIN, Margaret J. *Justice and the Market Domain*, En: *Markets and Justice: NOMOS XXXI*, 1989 (CHAPMAN, John y PENNOCK, Roland, editores), pp. 165, 167-79; RADIN, Margaret J. *Market-Inalienability* 100 Harvard Law Review 1987. pp. 1849, 1859-1863; RADIN, Margaret J., *Property and Personhood*. En: 34 Stanford Law Review, 1982 pp. 957 y ss.

(8) Ver: ANDERSON, Op. Cit. pp. 8-9; BEERMAN, Jack M. & SINGER, Joseph W. *Baseline Questions in Legal Reasoning: The example of Property in Jobs*, En: 23 Georgia Law Review 1989. pp. 911, 977-984 (indicando que “externalidades, distribución y poder de negociación, elecciones binarias versus política industrial, y paternalismo justifican la intervención del gobierno”); SUNSTEIN, Op.Cit.; pp. 818-853 (afirmando que el gobierno no puede permanecer “neutral” acerca de las valoraciones). Como Sunstein bien indica, mis puntos de vista han sido mucho más consistentes con la tradición monista. Ver: SUNSTEIN, Op. Cit.; p. 792, nota 38 (citando a EPSTEIN Richard A. *In defense of the contract at will* En: 51 University of Chicago Law Review 1984, pp. 947, 956-957).

(9) “Diferentes tipos de valuación no pueden ser reducidos, sin una significativa pérdida, a un único ‘superconcepto’, como felicidad, utilidad o placer”. SUNSTEIN. Op.Cit. p.784 nota 5. Para un debate sobre el utilitarismo, ver: SMART, J.J.C. y WILLIAMS, Bernard. *Utilitarianism: For and Against* 1973. Smart está a favor del utilitarismo en su trabajo *An Outline of a System of Utilitarian Ethics*. Op. Cit.; pp. 3-74. Williams está en contra en *A Critique of Utilitarianism*. Op. Cit.; pp. 77-150.

(vi) Esta expresión, por “well-being across persons”.

(10) Ver: BUCHANAN, James *Cost and Choice: An Inquiry in Economic Theory* 1969, pp. 38-50. (expresando que la comparación entre individuos requiere la adjudicación de las mismas oportunidades a estos- una exigencia en contra de los hechos, e imposible de satisfacer).

(11) SEN, Amartya. *The impossibility of being a Paretian Liberal* En: 78 Journal of Political Economics 1970, pp. 152 y ss.

(12) DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, 1977.

Es común para quienes hablan de preferencias subjetivas referirse a ellas como bien ordenadas por los individuos que las tienen. Esto no significa decir que las preferencias sean tan rígidas que los bienes deseados no cambiarán cuando esté disponible nueva información sobre su beneficio relativo y valor. La conversión del deseo en bienes o servicios específicos tiende a modificarse cuando los precios relativos varían o cuando el uso de bienes o servicios específicos varía. Sin embargo, pese a que no podamos explicar por qué determinados individuos valoran ciertos bienes, podemos decir que, dadas determinadas condiciones, ellos prefieren tener más de esos bienes que tener menos, aunque luego de cierto punto la utilidad adicional ofrecida por cada unidad adicional de ese bien empiece a reducirse. Se hace entonces sencillo explicar la relación entre los cambios en el comportamiento y los cambios en las cantidades de bienes disponibles, aun cuando un misterio indescifrable circunda el hecho de que algunos bienes tengan valor positivo en el primer momento. Entendido eso, estos cambios pueden ser fácilmente correlacionados con elementos conocidos de la teoría económica sin depender de algún argumento psicológico que confunda estas regulares disposiciones.

La subjetividad postula que no existe una manera responsable en que los gobiernos o cualquier tercero imparcial pueda comparar los valores entre las personas. En un nivel, expresa que si a una persona le gusta la vainilla y a otra la fresa, no hay mucho que podamos hacer para intermediar en la irreductible diferencia existente entre ambas. No puede persuadir a la primera persona de que modifique su gusto según la voluntad de la segunda persona, estando dentro de una sociedad en la que existen preferencias que ésta última no comparte. Una versión más fuerte de esta teoría dice que no existen medios colectivos que permitan a los grupos sociales decidir que cierta cantidad de un bien es más valiosa para una persona que para la otra, aun cuando asumamos alguna noción

de disminución de utilidad marginal del dinero^{(13)(vii)}. Dado que no puede hacerse comparaciones interpersonales de utilidad, se entiende que éstas no ofrecen una justificación independiente para varios programas de redistribución del ingreso que podrían ser asumidos a través de medios coercitivos del Estado. Todos esos medios dependen de la proposición de que puede obtenerse mayor utilidad de un pastel más pequeño siempre que sus rebanadas estén más equitativamente distribuidas entre sus miembros. Esta teoría, sin embargo, no prohíbe los regalos privados y voluntarios de una persona a favor de otra, porque la presencia de consentimiento desbarata la necesidad de justificar interacciones coercitivas. Tal vez no podremos determinar ni cuantificar los motivos que incentivan el regalo, pero el simple hecho de que se produzca implica que existe una compensación, directa o indirecta, no sólo para quien lo recibe sino también para quien lo hace.

1.2 Utilidad y Riqueza.

La subjetividad no presupone, sin embargo, que los individuos tengan, como tomadores de decisiones, dificultades insuperables al hacer esas decisiones por ellos mismos. El argumento toma la siguiente forma. Durante el curso de sus vidas, los individuos reducen todos los componentes de la elección a una sola métrica (que es la razón por la que llamamos a este problema uno de inconmensurabilidad). Luego deciden qué camino tomar dependiendo del curso de acción que maximiza los objetivos que desean alcanzar. El único candidato que amerita ser considerado para este alto *status* es “utilidad”, que comprenderá a todas las formas subjetivas de satisfacción prescindiendo de cuán diferente sea la forma en que éstas son experimentadas como estados psicológicos.

Al hacer esta observación, es importante distinguir las nociones relacionadas. Específicamente, la riqueza no es lo que las personas suelen valorar al

(13) Recuerdo mi primer almuerzo con Aaron Director en Stanford en el verano de 1972. El hizo a este, entonces joven, neófito la pregunta de si un *rupee* [unidad monetaria de la India, Pakistán, Ceylon y otros lugares del medio oriente] es más valioso para un *rajah* [príncipe o líder en la India] o para un ‘intocable’ [en la India, antiguamente, un miembro de la clase más baja de gente, comprendida en la categoría de personas no pertenecientes a una de las castas de la India, cuyo tocamiento se entendía como corrupción y degradación para los miembros de las castas. La discriminación contra estas personas fue abolida en 1955.]. Él concluyó mostrando que el *rajah* pensaría que es una locura creer que el *rupee* adicional valiera más para un ‘intocable’ que para él y me preguntó cómo podía desvirtuarse o probarse esa proposición. En un sentido, este ensayo es mi respuesta parcial a esa pregunta.

(vii) Se asume por esta noción que el beneficio subjetivo aportado al individuo por cada unidad adicional de dinero se reduce progresivamente. Así, una unidad adicional de dinero será más valorada por aquél que antes de recibirla posee menos dinero que por aquél que antes de recibirla tiene más dinero.

hacer decisiones en sus propias vidas⁽¹⁴⁾. De hecho, los individuos están bastante dispuestos a cambiar riqueza por felicidad cuando crean que el consumo de esa riqueza es más valioso para ellos que su preservación en activos físicos o financieros. Sobre algunos dominios, para estar seguras, las personas buscan hacer tanta riqueza como les sea posible. Hacen esto no porque crean que enriquecerse es bueno en sí mismo, sino porque piensan que a mayor nivel de riqueza obtenido, puede obtenerse mayor nivel de satisfacción subjetiva de acuerdo a sus elecciones de inversión y gasto dentro de las limitaciones presupuestales que aquella riqueza impone.

La riqueza entonces se convierte en un instrumento a través del cual la utilidad es perseguida. En aquellos casos en los que las personas crean que mayor riqueza es perjudicial (o más comúnmente, perjudicial para sus hijos) son libres de darla íntegramente a alguien distinto que pueda imaginar cómo convertir esa riqueza en utilidad a través de un apropiado conjunto de decisiones de consumo e inversión. Se valora la mayor riqueza porque siempre puede ser convertida en más utilidad; es un bien instrumental, pero un instrumento que puede ser usado al servicio de cualquier fin deseado por el simple hecho de desearlo. Las tostadoras no son valoradas en la misma forma que la riqueza porque la disminución de su utilidad marginal llega mucho más rápido y se produce mucho más vertiginosamente que la de la riqueza, que puede ser esparcida entre diferentes tipos de bienes. Es por esa razón que los individuos están dispuestos a regalar bienes en exceso (por ejemplo, leña o hielo) que no puedan usar ni vender. Pero nunca regalaran dinero “en exceso” por esa misma razón. El dinero siempre tiene algún uso, alguna utilidad real.

2 El Enfoque utilitarista de la inconmensurabilidad.

2.1 Elecciones discontinuas: la vida sobre el margen.

Es tiempo de investigar la manera en que este simple modelo de utilidad puede abordar temas complicados de elección individual e interacción social.

A la luz de la discusión anterior, no existen dificultades especiales implicadas por las preguntas sobre elección individual: cada persona se mueve hacia adelante y hacia atrás en los dominios de la riqueza y la utilidad según desee. Entonces, el utilitarista puro no piensa que las personas paralicen esa fluctuación cuando tengan que comparar bienes que cruzan distintos dominios de su vida social, sin importar cuán ricas y complejas estas elecciones puedan ser.

Es importante notar que los “bienes” aquí aludidos no se refieren sólo a bienes específicos y estandarizados que pueden ser fácilmente comprados y vendidos en un mercado organizado. Para estos efectos, el término “bienes” se refiere también a relaciones, experiencias, y a los intangibles de estima individual y auto-respeto, al amor y al afecto, a las cosas que se dice comúnmente que “el dinero no puede comprar”. La pregunta es ¿cuán difícil es trazar un camino entre estas alternativas cuando las limitaciones debido a la escasez -sean en dinero, tiempo, o energía emocional- hacen imposible satisfacer todos los deseos (o necesidades) simultáneamente?

Dispuesto en su forma abstracta, el problema es cómo uno maximiza su utilidad sujeto a una limitación presupuestal. La pregunta abstracta suena muy difícil, pero aquí la práctica parece ser una mejor guía que la teoría. Mediante una observación ordinaria sabemos que las personas hacen constantemente decisiones de las que están satisfechas: una madre puede quedarse una hora extra en el trabajo a pesar de que sepa que tendrá que perderse el concierto de la banda de su hijo de 10 años, o vendrá a casa temprano desde un viaje fuera de la ciudad para asistir al evento. La única manera de hacer esas elecciones es preguntarse si en esta ocasión el compromiso familiar es más importante que el compromiso laboral.

No siempre es fácil. A veces nos apoyamos en presunciones para ordenar las preferencias. Tendemos más a organizar y asistir a eventos familiares que tienen lugar fuera de las horas de trabajo y a eventos de negocios o trabajo que tienen lugar en las horas de trabajo. Pero tenemos también reglas que nos permiten alterar nuestro horario (y proveer de tiempo

(14) Para una discusión de la maximización de la riqueza, ver DWORKIN, Ronald. *Is Wealth a Value?* En: *9 Journal of Legal Studies* 1980. p. 191 y ss.; KRONMAN, Anthony T. *Wealth Maximization as a Normative Principle* En: *9 Journal of Legal Studies*. 1980. p. 227 y ss.; y POSNER, Richard A. *The value of wealth: A comment on Dworkin and Kronman* En: *9 Journal of Legal Studies* 1980. p. 243 y ss.. Para mis críticas sobre los puntos de vista de Dworkin, ver EPSTEIN, Richard A. *The Utilitarian Foundations of Natural Law* En: *12 Journal of Law and Public Policy* 1989. p. 713 y ss.

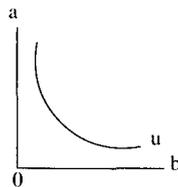
compensatorio al empleador) para ocasiones especiales -una boda, un *bar mitzvah*^(viii), un bautizo- que son entendidas como puntos importantes en la vida. A la larga, cuando observamos la vida diaria, la pregunta difícil no es por qué la mayoría de estas elecciones son difíciles de hacer, sino por qué parecen tan fáciles de hacer. Todos las hacemos miles de veces en el curso de la semana, y mientras estas elecciones a veces requieren planeamiento y reflexión, no requieren el tipo de reflexión filosófica que sólo los mejores y más brillantes pueden tener.

La clave, en mi opinión, para hacer (y entender) este tipo de decisiones es que nos demos cuenta de lo infructuoso de preguntarnos abstractamente si valoramos más la familia que los logros profesionales o un ambiente natural e inconquistado que un hogar cálido y cómodo. El punto es que los valoramos en maneras que hacen a esta pregunta inútil. La valoración

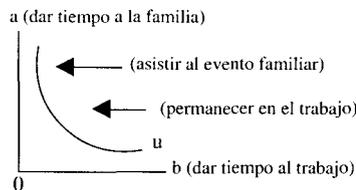
de bienes nunca tiene lugar a nivel abstracto, sino siempre sobre el margen. Frecuentemente puede tomarse una gran decisión y dividirla en varias pequeñas decisiones. En todas estas situaciones puede estimarse los tipos de recursos disponibles para servir a los dos fines en cuestión. Entonces, por cada unidad de recursos básicos que distribuimos entre dos actividades nuestras utilidades son iguales hasta llegar al margen.

Ver el mundo de esta manera pone en claro que, una vez hecha la pregunta (familia versus trabajo, ambiente versus casa), es como si nos pidieran escoger entre sólo dos puntos de la curva de indiferencia individual^(ix), $(a,0)$ ó $(0,a)$ la misma cantidad de bienes disponibles en una fórmula 'todo o nada' hacia una de dos actividades o estados de preferencia, sin soluciones intermedias. En la práctica, sin embargo, estamos usualmente en un punto en donde hemos decidido $(x, a-x)$ donde $x < a^{(x)}$. Típicamente entonces, estamos cerca al

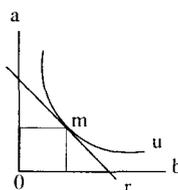
- (viii) Se comprende en este término al joven judío que ha llegado a la edad de responsabilidad religiosa, los trece años, y a la ceremonia en la que se celebra el evento.
- (ix) La curva de indiferencia individual es la representación gráfica de todas las combinaciones de bienes que dan a un individuo la misma cantidad de utilidad o bienestar. En un escenario en donde hay sólo 2 bienes o servicios, a y b, a disposición de un individuo determinado, se denota en una curva U todas las posibles combinaciones entre cantidades de los bienes a y b que dan al individuo la misma utilidad:



De acuerdo a sus gustos, este individuo se siente indiferente entre todas las combinaciones de a y b que se encuentran a lo largo de la curva u. El autor indica que, hecha la pregunta que supone una decisión difícil para la persona (como dar importancia a la familia o al trabajo en el caso de tener que acudir al concierto de la banda del pequeño hijo y terminar de trabajar más temprano, u otros análogos), se nos pide escoger sólo entre dos puntos extremos de la curva de indiferencia que combina familia y trabajo; y que representan las únicas dos opciones posibles, a saber:



- (x) Teniendo en cuenta que la restricción del ingreso limita las posibilidades de elección del individuo de entre toda la curva de indiferencia, existirá una combinación que maximice la utilidad de acuerdo a su ingreso. En la gráfica inicial, y representada la restricción que impone el ingreso del individuo por la línea r (línea de presupuesto), existe un punto, m, en donde se maximiza la utilidad que éste obtiene combinando ambos bienes. El autor indica que las decisiones humanas tienden a conducirnos hacia el centro de la gráfica:



La inconmensurabilidad implica
además que ciertos bienes
colectivos no pueden ser
evaluados mediante un análisis
costo-beneficio común

medio del rango $(0,a)$, dado el efecto de nuestras decisiones anteriores. Entonces se nos pide hacer una decisión adicional (Tal vez porque más recursos están bajo nuestro control o han dejado de estarlo, y la línea de presupuesto ha variado) y destinar recursos a cualquiera de las dos actividades en cuestión. La decisión será probablemente ajustada, porque nos encontramos en equilibrio o cerca de él. Pero usualmente podemos mejorar o empeorar, especialmente si estamos revisando una distribución de recursos hecha hace algún tiempo atrás. Cuando hacemos muchas de estas decisiones, podemos sentirnos bastante satisfechos del efecto de todo el proceso aunque tengamos dudas, como siempre será, sobre las decisiones ajustadas en algunos casos individuales. Pero luego, como el beneficio marginal se acerca al costo marginal, las decisiones de incremento se hacen más difíciles^(xi) (que es en lo que el “inconmensurabilista” - aunque este es un término horrible- se enfoca), pero al mismo tiempo se hacen también menos importantes. Hay mucho menos que distribuir y los valores de la opción alternativa son muy parecidos.

Este modelo también explica por qué algunas elecciones se vuelven muy difíciles de hacer.

Supongamos que la elección no es entre si venir a casa temprano para una fiesta de cumpleaños sino acerca de si ir a otro país por seis meses para obtener buena retribución financiera o desarrollo profesional, que pueden ser usados para mejorar la posición de la familia al volver a casa. Aquí la decisión es mucho más difícil porque las opciones se vuelven más integrales; empezamos a acercarnos al estado del mundo $(a,0)$ versus $(0,a)$. La elección es en verdad una sobre mucho o poco de un bien deseado, y entonces debemos esperar que las dificultades sean mayores al tener que decidir, bajo condiciones de incertidumbre nunca antes experimentada, cual desviación desde un punto medio feliz será la que traiga la menor pérdida de utilidad^(xii).

Alternativamente, la pregunta es si un cambio discontinuo produce ganancia neta a un individuo o familia que tenga que hacerlo. No se necesita una complicada teoría de inconmensurabilidad para explicar por qué estas elecciones son difíciles. Es más que suficiente indicar que la estructura de estas elecciones nos priva de los puntos de referencia efectivos para el ajuste marginal^(xiii). No existe una gran dificultad en la inconmensurabilidad que cubra todas las opciones entre dominios, sea grande o pequeña. Únicamente hay un grupo discontinuo de elecciones que son difíciles de hacer para cualquiera. El punto ya no es más difícil, o fácil, que una decisión de negocios para entrar en un proceso de fusión, lanzar una nueva línea de productos, cerrar o demandar. La situación social no deja campo intermedio, lo que es difícil tanto en las decisiones de negocios como en cualquiera otras. La discontinuidad, mas no la inconmensurabilidad, es la responsable.

- (xi) Se entiende en la teoría económica que el individuo trata de lograr el máximo de bienestar respecto del consumo de determinado bien o servicio. Así, a partir del nivel que ostente consumiendo un bien, incrementará el consumo mediante uno o más cambios pequeños denominados cambios marginales. Estos cambios implican -a la vez de un beneficio adicional, llamado también marginal- un costo, o costo marginal. Se entiende que el individuo que haga esos cambios tendrá un mayor bienestar haciéndolos mientras el beneficio marginal de cada uno de ellos sea mayor que el correspondiente costo marginal. Dejará de hacer los cambios cuando el costo marginal de hacerlos sea igual o mayor al beneficio marginal que obtendría si los hiciera. El autor indica que naturalmente, los primeros cambios marginales serán efectuados a partir de decisiones menos complicadas que las requeridas para efectuar los últimos cambios, y asimismo, que estos cambios, de hacerse, serán no tan importantes debido al monto adicional de bienestar que aportan al individuo, que será progresivamente menor mientras más cambios marginales sean efectuados.
- (xii) El autor expresa que en el caso de tener que decidir entre ir al extranjero por seis meses y obtener el beneficio correspondiente (dejando para ello a la familia) o permanecer con la familia todo ese tiempo (renunciando a aquél beneficio), debe optarse por cualquiera de dos puntos extremos de la curva de indiferencia que combina ambos factores. O mucho tiempo dedicado al progreso económico o profesional, o mucho tiempo dedicado a la familia, sin soluciones intermedias. Ver nota (vii).
- (xiii) Para el individuo sometido a esa decisión, no será muy claro cuál de las opciones extremas que debe elegir (o mucho de esto y poco de aquello, o mucho de aquello y poco de esto), le reporta más utilidad; en términos económicos, cuál maximiza su utilidad de acuerdo a las restricciones de recursos que tiene y a los bienes que pretende combinar. Decidir será mucho más fácil si el individuo cuenta con soluciones intermedias y puede llegar, con cambios marginales, como se ha indicado, pequeños al punto medio en donde sea evidente que obtiene la mayor utilidad.

Hay tal vez otra manera de ver la dificultad básica con el grupo de decisiones relevantes. El esfuerzo de poner todas las elecciones personales en una caja se encuentra con dos dificultades. Primero, estos dos dominios usualmente no son tan sólidos. Existen muchas situaciones en las que los asuntos laborales arrastran situaciones afectivas. Es común, por ejemplo, que las personas den pensiones generosas y legados a su personal de confianza o de servicio doméstico. Discutir a favor de la separación entre ambos dominios sería entrar en una simplificación excesiva. Los dos dominios se intersectan y son continuos. Aunque rutinariamente hacemos decisiones que mezclan y conjugan estos dos impulsos. Una vez más, la dificultad es generada no por tipos diferentes de valores, sino por las decisiones difíciles inherentes a todas las situaciones sociales.

Segundo, el mismo apunte puede ser hecho desde el lado opuesto. ¿Cuántos dominios separados existen? Si decimos que las relaciones personales íntimas ocupan una esfera y las relaciones de negocio ocupan otra, ¿qué ocurre cuando existen grandes amistades con mucha gente o muchas transacciones de negocio complicadas? ¿Es posible elegir entre un amigo y otro o entre un hijo y otro? Si estas elecciones son inconmensurables, ¿cómo podemos evitar la fragmentación y desintegración definitiva de una y todas las comparaciones entre alternativas? El mundo estaría desconectado en una forma que violenta las percepciones ordinarias de cómo la gente piensa y se relaciona con los demás. Es mucho más fácil pensar que incertidumbre y discontinuidad son las variables conductoras, que pueden tener más o menos fuerza, que postular que existe un número grande y arbitrario de dominios entre los que las elecciones son referidas como inconmensurables.

2.2 Utilidades interdependientes

El argumento de la inconmensurabilidad hace más que insistir en dominios separados para la elección. Frecuentemente usa ejemplos para indicar por qué es raro, si no perverso, buscar hacer ciertas comparaciones. Sin embargo, para tomar el conocido ejemplo de Joseph Raz embellecido y refinado por Margaret Radin, supongamos que a un hombre se le

ofrece un trabajo en una ciudad lejana que tendrá como remuneración \$100,000 más por año que su posición actual⁽¹⁵⁾. Tomar el trabajo significa que tendrá que vivir alejado y separado de su esposa. La pregunta que Raz hace es si su decisión de tomar el trabajo debe ser entendida como un juicio de su parte acerca de que prefiere \$ 100,000 a vivir junto a su esposa. Raz considera esta conclusión como extraña y no piensa que algo pueda decirse de la conmensurabilidad de los valores por el hecho de que el trabajo sea tomado (o dejado de lado por ese motivo). Sin embargo esa conclusión es en sí rara porque entonces quedamos sin explicación alguna acerca de por qué esa elección debe ser hecha o sobre el proceso mental que experimentó al hacer su elección.

Entonces, ¿cómo son hechas esas elecciones? El asunto es tan descriptivo como normativo. Para desagregar ambos lados del problema, la pregunta crítica es si una modificación del análisis utilitarista básico puede resolver la dificultad de Raz. Creo que sí. El primer punto es conocido: ningún negocio ni familia que encare estas elecciones tratará la decisión como simplemente binaria -moverse o permanecer-. Al contrario, para inducir el movimiento, el empleador (nuevo o antiguo) podría bien hacer algo más que simplemente entregar dinero adicional. Podría tratar de organizar o pagar visitas los fines de semana en cualquiera de las dos direcciones o podría comprometerse a ayudar a la esposa a obtener un trabajo en la nueva localidad.

Pero estas observaciones, aunque ciertas, no enfrentan el centro del problema con el ejemplo de Raz; al contrario, el error principal en su análisis es una especificación impropia de las funciones de utilidad relevantes. En mi opinión, la forma correcta de manejar este asunto es no la de flexibilizar algún presupuesto acerca de que la utilidad sea la rectora del mundo sino enriquecer el modelo con lo que son, creo, formas conocidas. Al tratar cierto tipo de transacciones comerciales podemos adoptar un modelo simple de interés individual. Cada persona involucrada en una transacción busca solamente ganar para sí misma: normalmente no es importante saber si el comprador es un hombre de familia o si la vendedora ha tenido un difícil divorcio de su esposo. Todos los efectos

(15) Ver: RAZ, Joseph. Op. Cit.: pp. 345-353, nota 4.; RADIN, *Compensation ...*Op. Cit.: pp. 65-66, nota 7. Radin añade la figura del dólar, que da al ejemplo mucho de su impacto.

deseables del intercambio se derivan del hecho de que cada persona recibe, por valoración subjetiva, bienes y servicios que le son más valiosos que aquellos que entrega. La transacción produce una ganancia en todos, por lo que es socialmente promovida y legalmente protegida.

En contraste, las transacciones familiares usualmente no tienen forma de simples intercambios, y la razón típica es que las partes que hacen la decisión tienen utilidades interdependientes, es decir, la utilidad de un individuo es influenciada positiva o negativamente por el bienestar de otro individuo. Sólo si asumimos esa interdependencia podremos explicar por qué los individuos rutinariamente hacen regalos a los miembros de su familia: la simple transferencia de dinero no aumenta el nivel de riqueza en el mundo y ha sido erróneamente condenada como una “transmisión estéril” sobre la base de que esta transacción es diferente que los intercambios comerciales productivos⁽¹⁶⁾. Pero, si fueran estériles, entonces la verdad consecuente sería que nadie las haría. Es únicamente debido a que la utilidad del donante se incrementa que la transacción tiene sentido desde el punto de vista de los participantes.

Hay por supuesto una gran discusión acerca de si debe permitirse legalmente la exigencia de estas promesas, especialmente cuando son hechas por escrito⁽¹⁷⁾. Pero, para nuestros fines, el problema legal de la eficacia es un tema colateral. El punto central es que estas promesas son frecuentemente hechas y usualmente ejecutadas aunque su cumplimiento no pueda ser exigido legalmente. Esa práctica se lleva a cabo por una razón: el beneficio indirecto que el donante obtiene del regalo. Ese beneficio no está basado en la promesa implícita de una transacción recíproca en el futuro -que sería realmente una

transacción estéril porque frustraría el objetivo de transferencia de riqueza-. Contrariamente, el beneficio se origina porque la utilidad del donante está entrelazada con la utilidad del donatario.

Esa misma forma de interdependencia opera en los ejemplos más prosaicos ya mencionados. En el caso de concierto de la banda de su pequeño hijo, sin embargo, la madre viene temprano a casa para ir al evento, aunque para ella es meramente una inconveniencia, porque obtiene beneficio a partir de la satisfacción que su acción produce en su hijo y en los demás miembros de su familia. La afirmación de que estas utilidades son interdependientes no implica necesariamente que exista una correspondencia absoluta entre las satisfacciones y placeres de todos ellos. En principio, es concebible que la madre pesará las ganancias para su hijo más fuertemente que las ganancias para ella. En la práctica, el enfoque biológico del asunto, que incide en la importancia del desarrollo al imaginar comportamientos en la naturaleza, toma la posición opuesta y asume que en la función de utilidad de la madre el bienestar del hijo cuenta la mitad de lo que cuenta para el hijo⁽¹⁸⁾. Dentro de complicadas características humanas, imaginar el peso exacto que tiene el bienestar de otros miembros de la familia y amigos en la función de utilidad propia de una persona no es fácil, y podría perfectamente ocurrir que el *ratio* varíe a través e incluso dentro de los grupos sociales. Pero, mientras es difícil para personas de fuera el determinar con precisión todos los elementos que entran al cálculo de utilidad de un determinado individuo y cómo esos elementos son sopesados, es mucho menos difícil para cualquier persona actuar bajo algún primitivo sentimiento de interconexión en su vida.

Este último punto da un claro enfoque acerca de por qué las intuiciones de Raz son incompletas. Al tratar

(16) Esta específica expresión data de 1884. BUFNOIR, Claude *Propriété Et Contrat*. Segunda edición, 1924, p. 487. Para un recuento general de las debilidades de este punto de vista, ver: KULL, Andrew. *Reconsidering Gratuitous Promises* En: *21 Journal of Legal Studies* 1992, pp. 49-64.

(17) Para un caso en el que se niega la eficacia legal de este tipo de promesa, ver *Dougherty v. SALT*, 125 N.E. 94, 95 (N.Y. 1919) (declarando que la nota escrita de su difunta tía al sobrino de 8 años es ineficaz). Para una defensa de la visión limitada de la eficacia de estas promesas, ver: EISENBERG, Melvin A. *Donative Promises* En: *47 Chicago Law Review* 1979, pp.1-18.

(18) HAMILTON, W.D. *The Genetical Evolution of Social Behaviour* En: *7 Journal of Theoretical Biology*, 1964. La propuesta básica de Hamilton es que el interés individual en la naturaleza no es el del individuo sino el de la línea genética. El adulto que se preocupa sólo de sí mismo nunca se reproducirá, entonces la naturaleza selecciona fuertemente a los padres que se preocupan de los hijos por el grado de conexión genética. Los niños tienen la mitad de los genes de sus padres, entonces su tasa de descuento es 50% respecto de los padres. Los primos tienen sólo un cuarto de los genes en común, entonces la tasa de descuento reduce su lugar en la función de utilidad a un 25%. El nivel de interconexión real depende no solamente de estos ratios, sino también en el nivel de beneficio que una unidad adicional del recurso disponible provee, y que se reduce a medida que el niño crece y se hace más auto suficiente.

con una situación familiar, el enfatizó el tema de la incommensurabilidad de valores pero ignoró el asunto, más importante y crítico, de las funciones de utilidad interdependientes. El más obvio alegato a su ejemplo es preguntar por que un utilitarista tiene que ser confinado a la visión de que el esposo que toma el trabajo valora más los \$100,000 que vivir con su esposa. La manera más didáctica de exponer el problema es preguntar ¿por qué el esposo y la esposa quieren los \$100,000 extra? La única posibilidad que parece implícita en la expresión de Raz sobre la pregunta es que el esposo tomará el dinero y lo gastará en él mismo. En ese punto de vista, el esposo gana porque \$100,00 son mejores que la pérdida de compañía que experimenta, mientras que no hay una compensación para la pérdida de compañía que experimenta la esposa.

Un análisis de ese tipo es incorrecto. Creo que existen muy pocos matrimonios, y ciertamente muy pocos buenos matrimonios, que funcionan en esta forma. Una manera de formalizar la noción de amor es decir que la gente toma en cuenta el bienestar de los seres amados al hacer decisiones. En el ejemplo de Raz, es bastante inconcebible que el esposo hiciera la decisión unilateralmente sin consultarle y sin participación de su esposa. Es también bastante inconcebible que si decide tomar el trabajo tratará los \$100,000 simplemente como su dinero propio, sin compartirlo con ella en algún sentido.

Al contrario, muchas otras posibilidades vienen a la mente. Primero, podría perfectamente ser que el dinero sea necesitado para enviar a los hijos a escuelas privadas o preparatorias, o incluso para pagar un tratamiento médico costoso. En un caso más feliz, el dinero extra podría ser usado para dar la cuota inicial de una casa de campo que esposo y esposa disfrutarían. La interdependencia de utilidad conduce entonces a compartir la riqueza dentro de la familia creada por la relación entre ambos⁽¹⁹⁾.

Una vez que ese punto es señalado y dejado en claro, se hace imposible, incluso bajo el enfoque

utilitarista común, preguntar si es posible inferir si el esposo, por tomar el trabajo, valora más los \$100,000 que la compañía de su esposa. La manera correcta de hacer la pregunta es, ¿la pareja ha hecho otras transacciones, presentes o futuras, de tal forma que el incremento en la riqueza produzca utilidad en ambos en una forma consistente con los afectos y obligaciones de la familia?

No hay nada en el cálculo de utilidad que requiera atarlo a una teoría tradicional de interés individual; buena parte de la psicología y la biología indican que esta versión del mundo está en contra de los hechos fundamentales de la experiencia humana. La mejor explicación del ejemplo de Raz es, por supuesto, que es imposible inferir a partir de su decisión de aceptar el trabajo, que el esposo valora más los \$100,000 que la compañía de su esposa. Podría bien decirse que la conclusión correcta es que la pareja tenía más necesidad del dinero que de la compañía y tomó la decisión correcta.

Todos los ejemplos que he considerado hasta aquí siguen el patrón usual y siguen un modelo simple que involucra una elección entre dos alternativas, muy parecida a la elección entre pistolas y mantequilla en una economía de dos bienes^(xiv). Esa simplificación difícilmente daña el análisis general aquí efectuado cuando lo extendemos a elecciones entre muchos bienes o a través de muchos dominios diferentes de la vida social. Veo poca o ninguna dificultad en reconocer que los individuos tienen una canasta de mercado de bienes **a** al **n** sobre los que pueden destinar su riqueza y estos bienes comúnmente tienen diferentes características. Pero mientras las unidades de riqueza (o del recurso escaso a distribuirse, como el tiempo o la energía personal) sean pequeñas la complicación asociada a la elección es manejable.

Como antes, las elecciones fáciles son rápidamente efectuadas, mientras que las difíciles son aquellas que por definición tienen poco impacto en el nivel general de utilidad subjetiva que los individuos

(19) El punto es frecuentemente omitido. Ver: UNITED NATIONS DEV. PROGRAMME. *Human development report*, 1993, p. 16. El estudio busca estimar el bienestar de hombre y mujer mediante una observación de las diferencias entre sus remuneraciones, sin tener en cuenta algún nivel de ingreso o distribución de riqueza dentro del matrimonio. Es como si esposo y esposa vivieran en distintas casa, comieran en distintos restaurantes, y tomaran vacaciones separados. Para mi crítica a ese estudio, ver EPSTEIN, Richard A. *Caste and the Civil Rights Laws: From Jim Crow to Same-Sex Marriages*. En: *92 Michigan Law Review*, 1994, pp. 2465–2468.

(xiv) En referencia al mundo hipotético en el que se encuentra un individuo que puede elegir entre todas las posibles combinaciones de mantequilla y pistolas que su restricción presupuestal permita. Ver nota (vii).

derivan de las elecciones que hacen con los bienes y el capital humano a su disposición. Como antes, las elecciones discontinuas se hacen las más difíciles por esas mismas razones. De igual forma la pregunta de las utilidades interdependientes no desaparece cuando el espectro de elecciones se hace más grande, aunque estas interconexiones hacen la tarea de decidir y describir mucho más difíciles. En resumen, no hay nada en el modelo lógico que implique abandonar lo utilitarista de la experiencia humana ordinaria. Si todo esto es correcto, entonces la insistencia básica en la inconmensurabilidad de valores parece fuera de lugar como asunto filosófico: la teoría utilitarista es más sofisticada de lo que los críticos suponen, y una vez que estas complejidades son tomadas en consideración, se pierde mucho de aquel sentimiento meramente intuitivo en contra de ella.

3 Implicaciones legales.

3.1 Autonomía y privilegio.

Las conclusiones anteriores son relativamente directas. Las comparaciones entre dominios pueden ser y son frecuentemente hechas en la realidad. En muchos casos estas comparaciones son difíciles porque hay incertidumbre acerca del resultado de decisiones clave. En otros casos son difíciles porque las elecciones son radicalmente discontinuas, entonces la decisión de moverse en una dirección impide la decisión de moverse en una segunda dirección. Y, aún en otros casos, las elecciones son difíciles porque el actor está preocupado no sólo de su propia utilidad sino también de la utilidad de otros con quienes el actor comparte estrechos lazos afectivos. Pero estos problemas surgen ya sea que uno esté eligiendo entre dos posibles trabajos o dos posibles parejas. Y las decisiones pueden ser hechas, obviamente con menor confiabilidad en una elección entre un trabajo y una pareja, si las cosas se tornan así de difíciles. Son los elementos de incertidumbre o discontinuidad e interdependencia los que hacen esas elecciones tan difíciles. No es cuestión de estrechar dos dominios de valor distintos que no pueden ser reducidos a una métrica común. Las dificultades que confrontamos en nuestra vida diaria surgen porque frecuentemente luchamos para alcanzar situaciones racionales. No surgen porque esa búsqueda sea elusiva o transitoria.

La cuestión que ahora surge es si estas conclusiones sobre la naturaleza y la estructura de las

preferencias individuales deben influenciar las reglas legales. Creo que el punto de partida es que la elección de estas reglas no es abordada como “natural” en el sentido de que éstas representen verdades evidentes por sí mismas o en el sentido de que no pueden ser negadas a riesgo de caer en contradicción. Al contrario, el punto es simplemente este: si la estructura de la elección humana sigue los senderos relativamente no dramáticos que creo que sigue, entonces la pregunta es, ¿qué régimen legal es el que hará lo mejor para los individuos que gobierna?

Los ingredientes básicos para estas elecciones son varios. Es indispensable que los valores en cuestión no sean entendidos como inconmensurables, sino como subjetivos. Frecuentemente un individuo puede decidir permanecer en el trabajo a costa de no asistir al concierto. Sin embargo, otra persona puede, al enfrentar la misma situación, tomar la opción opuesta. Llamar subjetivas a las preferencias de valor involucradas en este caso no quiere decir que las dos partes sean incapaces de argumentar racionalmente sobre quién estuvo en lo correcto y quién se equivocó. Podría bien ser que una persona pueda convencer a la otra de que hizo un error al pesar las dos alternativas; que podría llevar a modificar su creencia y su actitud en futuras ocasiones. La idea de subjetividad significa en este caso, en cambio, que si las dos partes continúan teniendo desacuerdos luego de discutirlos, no pueden ser acusadas de hacer una elección arbitraria o irracional. La conclusión más evidente es que las dos personas adjudican diferentes pesos a los diferentes resultados, entonces cada uno maximiza su utilidad en función de su propia visión. Las elecciones que cada uno enfrenta son conmensurables para la persona pero no son transferibles entre personas fácilmente.

Situaciones como esta son extraordinariamente comunes en los caminos de la vida, entonces la pregunta es ¿qué principio legal, como una primera aproximación, responde mejor a los tipos de diferencia implícitos en un sistema que refiere a la elección entre dominios distintos como conmensurable para una persona pero no fácilmente conmensurable o comparable entre individuos? Aunque no hay una conexión necesaria, tengo pocas dudas de que las personas que son atraídas por esta visión subjetiva debe ir la valuación y elección humana sean también atraídas al principio legal que prioriza (de nuevo, como una primera aproximación) el principio de autonomía

individual. De acuerdo a ese principio, cada persona tiene control completo y exclusivo de las decisiones que rigen el uso de su propio cuerpo y el curso de acción de su propia vida.

Ese principio colinda con la definición económica de externalidad, que da esa calificación a cualquier acción de A que altera, hacia abajo o hacia arriba, la utilidad de B -una definición que es no sólo precisa sino comprensiva de todo principio de carácter legal⁽²⁰⁾-. Si tuviéramos que tomar una posición legal que desaprobara todas las acciones que generen externalidades negativas para los demás y buscara hacer de esa una norma moral generalizable, la consecuencia sería una completa parálisis (una externalidad impuesta sobre todos, como consecuencia de la regla legal) en la que todos perderían. El buscar respetar todas (y sólo) las externalidades negativas en el sistema legal conduce a un lugar donde ninguna decisión de elección individual o autocontrol personal existan, un resultado completamente inconsistente con nuestras intuiciones ordinarias sobre autonomía y autocontrol.

Entonces, para evitar esa situación entramos en un mundo en el que la autonomía nos permite imponer externalidades negativas en aquellos con quienes nos negamos a negociar pero no sobre aquellos sobre quienes ejercemos fuerza (dejo de lado los casos de error cubiertos por la teoría general, que pueden ser incorporados luego). El punto es que la creencia en valores subjetivos se relaciona entonces con el universo en que encontramos, con algunas dificultades en casos, dominios separados en los que todos somos maestros. Dentro de ese ámbito de elección, cada uno de nosotros puede maximizar su función de utilidad entre 'inconmensurables' e 'imponderables' según determine que procede. No estamos obligados a explicar nuestras elecciones a los demás, aunque podemos hacerlo si lo deseamos y pedirles consejo si así lo decidimos. El principio es uno perfectamente universal, salvo por las

clasificaciones de los menores y los privados de discernimiento^(xv) que no deben interesarnos ahora. Un sistema de derechos individuales fuertes es un correlato de nuestra creencia en que las comparaciones interpersonales de utilidad son difíciles de hacer pero de que las comparaciones entre fines humanos puede y debe ser hecha en cada oportunidad por la persona más afectada por la elección.

La adopción de este esquema tiene también una ventaja social poderosa: reduce los énfasis hechos sobre la operación del sistema legal. Todas las elecciones relevantes entonces, son hechas dentro del individuo. ¿Pero qué ocurre -puede uno preguntarse- cuando algo falla? La respuesta es que puedo "demandarme" a mi mismo y tenerme a mi mismo como ganador o perdedor de cualquier proceso. Pero, debido a que la recuperación neta sería cero y mis costos procesales positivos, nunca me permitiré hacer esto. Los problemas de error y equivocación son todos internos de la persona y por tanto no generan ninguna forma de responsabilidad legal. Quienes cometen los errores tienen no sólo que afrontar los costos del error sino también que internalizar las ganancias producidas en las decisiones correctas. La fuerza de la posición de la autonomía reside en la manera en que incentiva la toma de decisiones responsables en las elecciones de la vida.

El principio de autonomía es entonces pasible de extensión en al menos dos maneras diferentes. Primero, donde dos individuos autónomos acuerden el intercambio de bienes o servicios, normalmente los términos de ese acuerdo deben ser respetados. Un determinado bien o servicio puede tener un determinado valor en el mundo en forma general, pero estará sujeto a diferentes valores subjetivos. El objetivo de un intercambio es trasladar bienes y servicios desde personas que los valoran menos hacia personas que los valoran más. La función del sistema legal es ofrecer seguridad a esos intercambios de tal manera que las

(20) Para una discusión más larga del tema, ver EPSTEIN, Richard A. *The Harm Principle-And How It Grew*. En: 55 University of Toronto Law Journal, 1995. pp. 369 y ss., que explora las limitaciones del principio del daño [por "harm principle"] tal como es desarrollado por John Stuart Mill: "El único fin para el que el hombre está autorizado, individual o colectivamente, a interferir en la libertad de uno de sus semejantes, es la auto protección. El único motivo por el que el poder puede ser ejercido legítimamente sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada, en contra de su voluntad, es el de prevenir el daño a otros. Su propio bien, ya sea físico o moral, no es suficiente justificación. No puede ser legítimamente compelido a hacer o soportar algo porque sea mejor para él hacerlo, porque lo haría feliz, porque en opinión de otros, hacerlo sería inteligente, o incluso correcto. Estas son buenas razones para reclamarle, para razonar con él, o persuadirlo, pero no para obligarlo o ejercer violencia contra él si no lo hiciera así". MILL, John Stuart. *On Liberty*. Gertrude Himmelfarb, 1974. p. 69.

(xv) Se utiliza esta categoría de la tradición de derecho civil por el término "incompetent".

partes puedan ejecutarlos hoy seguras sabiendo que el sistema legal las ayudará en el esfuerzo de conseguir la ejecución recíproca en el futuro. La capacidad de hacer intercambios excede entonces el ámbito de la decisión autónoma y beneficia a dos personas en vez de una.

Al tratar el tema del intercambio, es nuevamente importante reconocer que éste tiene un significado estricto y uno lato. En su sentido estricto, "intercambio" se refiere a transacciones que involucran propiedad, servicios, dinero y crédito. Las relaciones entre las partes son frecuentemente calificadas como hechas a partir de una negociación intensa y todo el tema de las utilidades interdependientes puede ser ignorado sin riesgo al tratar de descubrir las motivaciones de ambas partes y explicar sus ganancias y pérdidas. Pero, la idea de intercambio puede ser usada en un sentido más amplio, de tal forma que cubra relaciones afectivas entre personas que tienen un lazo, social o biológico, que precede al intercambio en cuestión. El único requisito es que ambas partes prosperen de acuerdo a sus visiones subjetivas aunque no existan equivalencia clara de riqueza entre los bienes intercambiados. Para nuestros fines, el matrimonio, los obsequios y las transacciones caritativas pueden expandir la utilidad de todas las partes relevantes sin importar cuál sea su efecto en la versión monetarizada de riqueza.

La segunda clara implicación de este sistema es la protección contra la invasión del espacio propio por otros. El tomar la propiedad de alguien sin consentimiento es un acto que ciertamente restringe el espacio propio y, mientras que produce ganancias para unos y pérdidas para otros, difícilmente producirá ganancias para ambas partes. Peor aun, no existe un gobernante natural que limite el proceso de agresión a aquellos casos en los que la ganancia del vencedor exceda la pérdida impuesta en el vencido. De allí que el principio de autonomía requiere no solamente de la libertad individual sino de la creación de paralelas limitaciones de los actos humanos de forma que todos deben renunciar al uso de la fuerza (y su correlato, el fraude) contra los demás.

Dentro del marco de esta teoría, es fácil ver cuáles resultan ser los casos más difíciles. Generalmente, esos casos incluyen un "privilegio" de alguna persona para invadir el espacio de otra sin su consentimiento. Puede verse por qué este resultado es desaprobado -porque presupone que un individuo está facultado a hacer elecciones que limitan el alcance y el comportamiento de otro-. Sin embargo, debido a que existe suficiente conocimiento acerca de la regularidad aproximada del gusto y sentimiento humanos, en una condición extrema nuestro sentido de empatía sugiere que cierta suspensión general del principio de autonomía daría a la larga un beneficio para todos los participantes del sistema.

Los casos de privilegio están diseñados para responder a estas pocas situaciones. Un privilegio tal surge cuando las personas son facultadas a usar la propiedad de otros en momentos de necesidad⁽²¹⁾, o cuando son facultados a decir algo difamatorio en respuesta a un requerimiento de información de quien tenga interés para hacerlo, frecuentemente como un posible empleador, o profesor de la persona cuyas referencias son dadas⁽²²⁾. Estos casos son difíciles porque sancionan una invasión del espacio de otro que en circunstancias normales sería absolutamente respetado de acuerdo al principio de autonomía y lo hacen porque el beneficio social de hacerlo es, en términos utilitarios, su sola justificación. Pero sin importar cómo uno divida el punto, el reconocimiento de estos privilegios en el *Common Law* presupone - como no presupone el ámbito de la autonomía individual- aventurarse en el mundo de las comparaciones interpersonales de utilidad, lo que el sistema básico no intenta hacer.

Entonces ¿cómo son hechas las comparaciones? Creo que el proceso adoptado por el *Common Law* amerita ser seguido por los estudiantes de filosofía: es un caso en el que el derecho puede iluminar a la filosofía, en el que la filosofía puede confundir al derecho. La primera pregunta es ¿qué pasa si denegamos el privilegio? La gente puede morir en el mar, pueden generarse incendios impunemente, nadie puede dar una referencia positiva de algún trabajador,

(21) Ver: *Ploof v. Putnam*, 71 A. 188, 189 (Vt. 1908) (sosteniendo que el navegante tiene el derecho de atracar en un muelle ajeno sin permiso durante una tormenta imprevista).

(22) Ver: *Gardner v. Slade*, 13 Q.B. 796, 799-802 (1849) (sosteniendo que el antiguo empleador tiene el derecho de informar al actual empleador de la supuesta deshonestidad del trabajador).

porque todas las referencias negativas (que hacen que las referencias positivas tengan tal efecto) están terminantemente prohibidas⁽²³⁾.

Debemos preguntarnos si es ese un mundo en el que los individuos autónomos deseen vivir. Y es aquí que el teórico de la autonomía introduce otro movimiento para asentar sus propias visiones del mundo. De que creamos que es difícil hacer comparaciones de utilidad entre personas, no se sigue que no tengamos información alguna acerca de las preferencias internas de los demás. Todos los seres humanos evolucionaron bajo el mismo tipo de presiones, y esas presiones condujeron a una especie de convergencia rústica de gustos. Los individuos usualmente están de acuerdo sobre aquellas cosas que entienden como buenas y malas, razón por la que podemos hablar claramente de una ley para la venta de **bienes**, con ambos sentidos del término siendo aludidos. La razón por la que permitimos el comercio es porque sabemos que la intensidad de estas preferencias puede variar. Pero mientras esa intensidad varía en las situaciones diarias, siendo cierto que más cerca se está de situaciones de vida o muerte, más uniformes son las preferencias entre los individuos.

La retribución es clara en los casos de necesidad. Hay muy pocos individuos que no honran el principio Hobbesiano: primero preserva la vida. El problema es que mientras la preservación de la vida no esté en juego, no tendremos oportunidad de ver operar el principio. Pero, cada vez que los argumentos de necesidad son invocados, estamos cerca al tema de la sobrevivencia y podemos inferir confiadamente que virtualmente ningún individuo preferiría salvar su propiedad a la posibilidad de usar la propiedad ajena para evitar una consecuencia funesta. Podemos y debemos requerir alguna medida de compensación para asegurarnos de que la parte cuya propiedad fue sacrificada en el rescate no sea dejada a su suerte⁽²⁴⁾. Debemos reconocer que los valores de mercado

necesariamente involucrados son sólo una representación imperfecta de las pérdidas subjetivas: es mejor tener pequeñas desviaciones que grandes. Aceptamos el principio *-faux de mieux-* y estamos orgullosos de ello.

La regularidad de las funciones de utilidad entre las personas nos permite estar seguros en cuestiones de sentido aunque hubiera duda en cuestiones de inclinación. En otras palabras, sabemos la dirección de las preferencias aunque no estemos seguros de su intensidad. En casos extremos, hacemos juicios que requieren desviaciones del principio de autonomía.

Podemos ir un paso más allá, pues en otros casos se permite privilegios aunque no haya en juego nada parecido a la supervivencia. Tomemos, por ejemplo el privilegio asociado a las referencias difamatorias en el contexto del empleo. No hay duda de que una declaración falsa acerca de otro individuo es una equivocación materia de demanda. Es claro también que en ese contexto la equivocación frecuentemente no es justificada por el consentimiento de la víctima, que podría no tener idea de las discretas averiguaciones hechas sobre su competencia e integridad. Tampoco podría decirse que las declaraciones difamatorias son hechas en defensa propia, porque la víctima difamada difícilmente es una amenaza para quien da la referencia. El privilegio existe aunque el demandante no haya hecho ningún error que implique (bajo estrictos principios de autonomía) la desatención de aquel derecho *prima facie*.

¿A partir de qué entonces se invoca el privilegio? Aquí el argumento básico es que la creación de un privilegio de dar información falsa pero leal (atacable sólo probando mala fe) opera *ex ante* respecto del beneficio de la parte cuya posibilidad de demandar es excluida por el privilegio. Sin embargo, en muchos contextos laborales, la pregunta es simplemente quién será nombrado nuevo decano o ejecutivo principal. Preguntar a los individuos si puede hacerse

(23) Ver: *Republica v. Sparhawk*, 1 U.S. 375, 380, 1 Dall. 357, 353 (Pa. 1788) (Encontrando que el ciudadano no tiene derecho a una compensación por tierras expropiadas por el Congreso y posteriormente capturadas por los ingleses). Encontramos un memorable ejemplo de irracionalidad impreso en el tercer volumen de la Historia de Clarendon, donde se menciona que el Alcalde de Londres, en 1966, cuando la ciudad estaba incendiándose, no ordenó ni consintió que se demoliera cuarenta casas de madera ni que se sacara los muebles, pertenecientes todos a los abogados del lugar, por miedo a ser demandado por invadir la propiedad. Debido a esto, la mitad de la ciudad se incendió. El privilegio de la necesidad obviaría el problema, ver: BOLEEN, Francis H. *Incomplete Privilege to Inflict International Invasions of Property and Personalty* En: *39 Harvard Law Review* 1926, pp. 314-318.

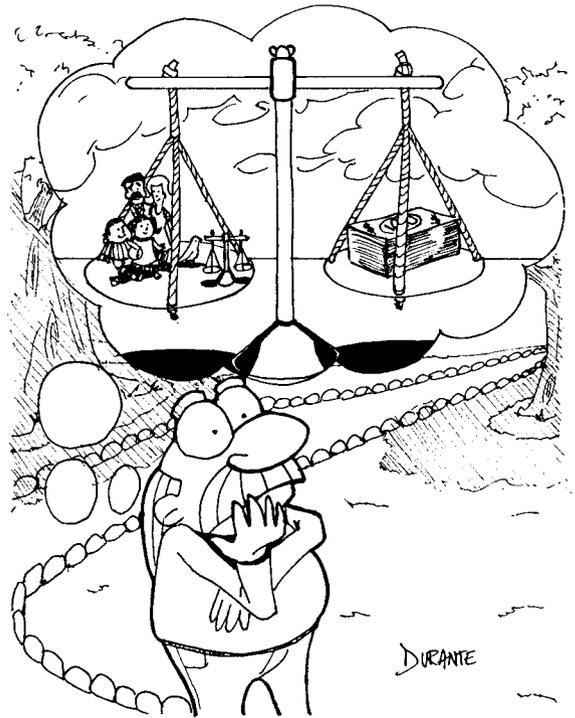
(24) Ver: *Vincent v. Lake Erie Transport Co.* 124 N.W. 221, 22 (Minn. 1910) (estableciendo una reparación por daños causados por el atraco de un barco durante una tormenta, aun cuando el capitán del barco tenía derecho de atracar la nave en el lugar debido a la emergencia).

indagaciones sobre ellos es llevar la posición fuera de sus límites. Las personas que temen las repercusiones de las averiguaciones públicas frecuentemente no permitirán que las referencias sean examinadas porque en ese caso tendrían forma de negarlas. La regla que protege a estas personas del chisme malicioso difícilmente interfiere con el esfuerzo de obtener información honesta sobre los potenciales candidatos. Para mantener el privilegio fuerte, los requisitos de la prueba de mala fe no pueden ser erosionados: la inexactitud de la declaración no puede ser suficiente para inferir que fue hecha con intención maliciosa. Este privilegio también requiere entonces un buen número de instintos utilitarios acerca de los límites del principio de autonomía. La durabilidad del principio es una fuerte evidencia de que las viejas reglas del *Common Law* encontraron, en parte por experiencia y en parte por instinto, el equilibrio correcto.

3.2 Prohibiciones legales específicas.

El principio de valor subjetivo conduce a una visión coherente sobre la manera en que el sistema legal debe ser organizado para proteger a los individuos al hacer sus elecciones. La cuestión es si introducir alguna noción de inconmensurabilidad entre dominios de valor aporta algo significativo al entendimiento de cómo las reglas legales son, o deben ser, organizadas. Creo que la respuesta a esta pregunta es no.

Al tratar este asunto no cubriré todos los puntos en los que el tema analizado puede surgir, sino que consideraré tres: la decisión del voto a cambio de dinero, las relaciones de pareja y las decisiones de vida o muerte en el campo de la medicina. Inicialmente, es claro que estos tres asuntos cubren diferentes secciones del espectro. Sólo la decisión del voto a cambio de dinero alude a la relación de la política con los mercados tal como esos aspectos son comúnmente abordados. El tema del matrimonio y el sexo es comúnmente ubicado en el difícil límite entre las relaciones económicas y las afectivas, así como los temas de rechazo al tratamiento médico, eutanasia voluntaria y transplante de órganos encierra el conflicto entre la autonomía individual y los reclamos sociales por la protección de la vida que es referida como “sagrada” en términos afines a los de Immanuel Kant.



Mi enfoque es el mismo en los tres casos. Creo que el esquema utilitarista común funciona tan bien como cualquier otro método al abordar estos problemas. Ese esquema pregunta típicamente por las limitaciones que deben ser impuestas sobre la elección individual (normalmente entendida como un bien para quien la ejerce) en virtud de dos tipos de restricciones: aquellas que afectan el proceso de elección, como la incapacidad de discernimiento o el fraude; y aquellas referidas al bienestar de terceros, el problema de las externalidades.

Las diferentes respuestas dadas a estos problemas no obedecen a la necesidad de desarrollar alguna forma de teoría “pluralista”⁽²⁵⁾. Al contrario, obedecen a la importancia relativa de los problemas a ser abordados, que varía entre cada contexto. Por ejemplo, las externalidades son más importantes en el tema del voto que en el de los contratos matrimoniales, y más importantes al tratar la prostitución que al ocuparnos de los acuerdos prenupciales. Ambos asuntos flotan irregularmente sobre varios problemas éticos en la medicina. El único punto común en estas áreas es

(25) Ver ANDERSON, Op. Cit.; pp. 1-16.

que las ideas de inconmensurabilidad y “patrimonialización” tienden a desviarnos en vez de conducirnos a las respuestas apropiadas. Consideremos entonces los casos concretos.

3.2.1 Decisión del voto a cambio de dinero

Empecemos con la pregunta de si es correcto o incorrecto para los candidatos que postulan a cargos públicos el negociar votos. Una preocupación sobre la inconmensurabilidad podría expresar que el negociar el voto es equivocado porque existe una fuerte separación entre el régimen político, en el que importa la participación, y el régimen del mercado en el que los dólares operan como si fueran votos. El punto es intensamente mostrado por Sunstein: “La negociación del voto es objetable en parte porque permitiría una concentración inapropiada de poder político en manos de unos pocos. La prohibición se torna entonces un problema de interés colectivo. Pero, tal vez la prohibición de negociar el voto emana también de una preocupación sobre los tipos de valuación. Si los votos fueran libremente negociables, tendríamos una concepción distinta acerca de lo que el voto tiene como fin -acerca de los valores que engloba- y esta distinta concepción tendría efectos corrosivos en la política⁽²⁶⁾”.

Aquí, Sunstein propone el argumento de la externalidad y el de la inconmensurabilidad. Pero ¿qué aporta la inconmensurabilidad? El argumento tiene poco que ver con la indecencia de un intercambio de votos por dinero (transacciones como esa ocurren frecuentemente en el contexto corporativo). Tampoco tiene mucha relación con el riesgo de que la gente pobre venda los votos a muy bajo precio, de tal forma que la práctica fuera buena si los precios pudieran mantenerse a determinado nivel. La práctica es riesgosa aun si la gente rica vendiera sus votos o si la gente pobre buscara asesoría profesional para calcular el precio correcto.

La fuente de preocupación tiene que ver con el recurrente problema de las externalidades que a su vez viene de la insuficiente definición de los derechos de propiedad. El posible funcionario que compra votos lo hace con la expectativa de recuperar sus costos de los fondos del tesoro público, lo que cuesta a sus vendedores menos de lo que él les paga, pues es el resto de la población quien paga el precio total de la transacción. De igual forma, si un representante vende votos a favor de un grupo político favorecido, está vendiendo la propiedad de otros en beneficio propio. Negociar el voto es parte del grupo de transacciones dolosas cuando la venta del voto está motivada por un interés de interés individual al servicio del cual está operación se instituye. Una vez más la idea de inconmensurabilidad sólo es invocada para explicar un conjunto de efectos legales que son mejor explicados en otros ámbitos.

La diferencia de enfoque tiene implicaciones importantes cuando se llega al segundo paso: ¿qué formas de regulación -si acaso alguna- debe observar el sistema de elecciones? Un problema importante es la cuestión de las contribuciones a las campañas políticas. El tema es inmensamente complejo, aun cuando pusieramos de lado las difíciles preguntas de la primera enmienda que han plagado esta área desde la difícil decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Buckley v. Valeo*⁽²⁷⁾.

Mientras que la preocupación sobre la naturaleza y el carácter de la política apunta a un vago sentido de dificultad, aporta poco en capturar las complejidades del problema. Cuando el tema es redefinido en función de derechos de propiedad y bienes públicos, algunas conexiones pueden ser más fácilmente establecidas. Mencionaré sólo una aquí. Los votos son una manera de adjudicar poder político. Establecer derechos inalienables en la Constitución es otra. Cuando los segundos son débiles, la presión

(26) SUNSTEIN. Op. Cit.: p. 849 (nota a pie de página omitida). La primera explicación para la prohibición de la negociación del voto está dentro de la tradición económica clásica, y Sunstein cita mi trabajo para su afirmación. Op. Cit.: p.849, nota 269 (citando a EPSTEIN, Richard *Why Restrain Alienation?* En: 85 Columbia Law Review 1985. pp.984-988) pero ¿por qué entonces necesitamos la segunda parte de la explicación? Parece bastante razonable suponer que el robo generalizado tendría “efectos corrosivos” en la política. En muchos casos, la explicación utilitarista específica deja hecha la pregunta de qué es lo que se añade recurriendo intuitivamente a la inconmensurabilidad.

(27) 424 U.S. 1. 58-59 (1976) (sosteniendo que las limitaciones de gasto establecidas en la *Federal Election Campaign Act*. [Ley de Campañas Electorales Federales] violaba la primera enmienda al restringir el derecho de expresión política protegido por ella) [la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica dice a la letra: “El Congreso no legislará estableciendo una religión o prohibiendo el ejercicio de la misma, ni limitará la libertad de expresión o de prensa, ni coactará el derecho de la gente a reunirse en forma pacífica o de pedir al Gobierno la reparación de sus agravios”.].

en los primeros es más intensa: el proceso político es suficientemente capaz de redirigir la riqueza desde los menos favorecidos hacia los grupos más favorecidos. Existe una gran voluntad de gastar dinero en compra de votos o en influencia política porque hay más a ganar estando en la administración pública. Una ventaja reconocida de un buen sistema de derechos de propiedad es que reduce los incentivos a comprar votos o influenciar las elecciones y entonces reduce un problema que tal vez nunca podrá desaparecer. Lo importante es que enfocar la dinámica del proceso político ayuda a ver qué debe hacerse y cómo éste debe ser tratado. El argumento de inconmensurabilidad de los valores políticos y de mercado captura las raíces del descontento, pero aporta muy poco a la inquisición descriptiva sobre cómo y cuando se producirá la venta de votos o de influencia y menos a la labor de indicar los cambios estructurales que conducirían a la cura.

3.2.2 Matrimonio, sexo y dinero.

Empecemos con la pregunta de cómo es que el dinero puede cambiar la naturaleza de las relaciones interpersonales. Al tratar esta pregunta, mucho parte de la noción de “patrimonialización”, especialmente por Margaret Radin⁽²⁸⁾. En su posición, introducir dinero a ciertas relaciones las “patrimonializa” y por tanto destruye su carácter esencial. Su preocupación sobre la patrimonialización se centra en la observación hecha por sentido común de que los intercambios de dinero por trigo hacen perfecto sentido pero que el dinero no puede comprar amor o amistad -el sentido de compañerismo dentro de las familias y los enamorados es enterrado si el dinero es introducido en la ecuación como motivo de dar o negar beneficios o favores-. Los actos generosos y la simpatía simplemente no pueden ser reducidos a dólares y permanecen como actos generosos y simpatía. La ausencia de un intercambio de mercado es constitutiva de la relación misma. Esta observación es hecha por

autores de todos los puntos del espectro político con igual juicio y fuerza⁽²⁹⁾.

Celebro todo acerca de esta observación básica. La cuestión es, ¿nos dice algo acerca de qué debe hacerse al respecto? Es importante recordar aquí el tema central de este ensayo. Una cosa es tener una fuerte intuición acerca de cómo las cantidades deben y deben no ser balanceadas. Otra muy distinta es trasladar esa intuición a un conjunto de prohibiciones legales. Es útil de nuevo recordar a Mill y el Principio del Daño, porque mientras él justifica el uso de la fuerza para prevenir el daño a otros, insiste en que no debe ser usada para ayudar en el auto-desarrollo del individuo. El beneficio del individuo no es suficiente justificación para la intervención legal⁽³⁰⁾. En el asunto de si el dinero corrompe las relaciones, no existe razón para tomar ese siguiente paso. Si uno introduce dinero dentro del acuerdo, entonces el elemento de pura amistad desaparece. Pero eso es algo que las partes pueden comprender como sujetos morales sin necesidad de compelérseles legalmente. Uno puede ser amigo del entrenador físico o del manicurista aun cuando pague dinero por sus servicios. Las personas pueden ser amigos de sus socios en negocios y tal vez hasta de sus abogados. Hay amistades comerciales que pueden ser descritas como tales.

Aun en relaciones familiares los dos elementos coinciden. Los matrimonios jóvenes frecuentemente tienen que decidir si manejarán su patrimonio en cuentas conjuntas o separadas o en ambas. La decisión depende en parte de la riqueza de las partes, sus perspectivas económicas y más discretamente, de las expectativas de duración y situación del matrimonio. Pero estas decisiones son hechas usualmente con un grado de racionalidad. En algunos casos, especialmente en segundos matrimonios en los que hay hijos del matrimonio previo, los elementos financieros son aun más importantes. Las partes pueden entremezclar lo afectivo con lo financiero cuando firman acuerdos prenupciales determinando niveles de soporte dinerario

(28) Ver: RADIN, *Market-Inalienability...* Op. Cit.; pp.1855-1877 y SUNSTEIN, Cass R. Op. Cit.; pp. 812-818. (Argumentando que para nosotros el valor de las relaciones no puede ser monetariamente definido)

(29) Para versiones liberales de este argumento, ver RADIN *Market Inalienability...* Op. Cit.; pp. 1855-1877 y SUNSTEIN, Cass R. Op. Cit.; pp.813-818. También: NUSSBAUM, Martha C. Op. Cit.; pp. 106-124. Para un argumento liberal con el mismo sentido, ver: COHEN, Lloyd R. *Increasing the Supply of transplant Organs: The Virtues of a Future Market* En: 58 *George Washington Law Review* 1989. pp. 24-36 (defendiendo un mercado limitado para el transplante de órganos).

(30) MILL. Op. Cit.; p. 69.

en vida y después de su muerte. Y creo que no sería absurdo, por ejemplo, para una mujer de medios limitados decidir no casarse con un hombre rico que anuncia por adelantado que a su muerte le dará a lo más una pequeña suma de dinero. Podría bien ocurrir que los arreglos dinerarios cambien la naturaleza de la relación social, pero es difícil ver cómo estos cambios conducirían a un cambio de visión sobre la ley que se ocupa de lo que hoy ocurre.

Para tomar el ejemplo más extremo de esta posición, ¿qué ocurre cuando el dinero es el único elemento ofrecido para inducir un intercambio de favores sexuales? En un nivel es claro que la prostitución es diferente de una relación íntima basada únicamente en amor y afecto. Ciertamente, para la mayoría la transformación es tan burda que no se enfrascarán en una transacción de esas características jamás. Pero para otros la transformación puede bien ser lo que desean. Es una manera de tener gratificación sexual sin compromiso emocional. Aquellas personas que creen que la relación es degradante tienen una solución simple: no intercambiar sexo por dinero nunca. Pueden actuar motivados por sus preocupaciones sobre la inconmensurabilidad o patrimonialización y mantenerse fuera de ese mercado. El ideal de la libertad de contratar no protege los intercambios mutuos por dinero; protege la asociación voluntaria en cualesquiera términos y condiciones las partes contratantes consideren que debe hacerse.

Esto no quiere decir que no tengamos objeciones sobre la prostitución como relación social. Puedo imaginar al menos tres puntos de real preocupación. Primero, a veces la prostitución supone un incumplimiento de la relación matrimonial -un contrato- y la naturaleza legal de la relación nos ayuda a ver qué está en juego. Los votos del matrimonio requieren que cada parte renuncie a todos los demás. Las prostitutas frecuentemente saben que sus clientes son casados y sus servicios son prestados en secreto y en violación de una relación existente. La ley sobre incumplimiento de contratos parece cubrir esta situación en forma bastante apropiada. Podría bien ocurrir que no se imponga sanciones criminales, y tal vez las sanciones legales (por incumplimiento de una obligación legal) sean inapropiadas en muchas ocasiones, pero una decisión de divorcio por adulterio es comprensible para mí, aun en un régimen legal en donde esa pretensión no requiera justificación.

Segundo, la prostitución, como generalmente los tratos promiscuos, hace surgir también el tema del daño a terceras personas por medio del contagio de enfermedades de transmisión sexual -enfermedades que pueden imponer enormes costos a cónyuges inocentes (y traicionados), sin mencionar el costo social correspondiente-. El esfuerzo de controlar estos costos obedece a problemas genuinos de la externalidad inherente a la naturaleza de esta relación. Tercero, creo que la corrupción de menores es un tema aislado, aunque de innegable importancia.

En suma, creo que hay buenas razones por las que el esquema común de análisis da salida a los problemas relacionados con dinero sin tener que argumentar inconmensurabilidad. Por supuesto, este no comprenderá toda la gama de problemas, pues hay personas que tienen objeciones morales respecto de quienes, con el consentimiento de sus esposos, desarrollan la prostitución u otras relaciones sexuales con terceras personas. Pero esas objeciones no están basadas en ningún problema de inconmensurabilidad. Lo están en concepciones teológicas y morales sobre cómo debe ser y no ser una buena vida.

3.2.3 Ética en la medicina.

Permítasenos mencionar otra área -la ética en la medicina- donde la idea de inconmensurabilidad tiene indeseables consecuencias sociales. La ética en la medicina ofrece un laboratorio ideal para una discusión de la inconmensurabilidad y la subjetividad porque enfrenta las más difíciles y personales decisiones en el límite mismo de la vida. Aún las visiones comunes de la libertad de contratar son conflictivas en ésta área porque el tema del discernimiento siempre es introducido en los casos en que las personas son forzadas a hacer la más difícil de las decisiones justo cuando sus capacidades cognitivas y físicas decaen. La fuerza del modelo contractual de mutuo intercambio es también puesta en duda, porque los bienes que las personas tienen que comprar y vender y las elecciones que tienen que hacer se encuentran en áreas en las que nunca han entrado.

3.2.3.1 Autorización y Entrega de información.

La respuesta a estas dificultades ha sido, por decir lo menos, esquizofrénica. En un lado del espectro encontramos claras reglas para reforzar el principio

de autonomía. Las más notables entre éstas son las reglas sobre autorización informada, cuyo propósito fundamental es obligar al médico a mostrar en términos generales los beneficios y costos de ciertas decisiones médicas⁽³¹⁾, junto a otros regímenes (como los comités médicos) que aportan a la transferencia de información entre médico y paciente. Hay dos cosas que motivan este inmisericorde impulso a la transferencia de información. Una es que la ignorancia de los pacientes acerca de las consideraciones relevantes debe ser tomada en cuenta para hacer decisiones responsables. Segunda, e igualmente importante, es que la transferencia de información es relevante en un sistema en el que se respeta las preferencias subjetivas de los individuos. Cuando la elección es entre el riesgo de incontinencia urinaria si no se opera y de una disfunción sexual si se opera, la única persona que posee la sensibilidad de alto grado para hacer la decisión es el paciente. El o ella pueden buscar el consejo o la ayuda de otros y serían ingenuos de decidir sin consultas adicionales mientras el tiempo así lo permita. Pero mientras que hay siempre algo que discutir en el campo de la ciencia misma, la misión básica de la ley parece consistente con la preservación y desarrollo de las elecciones autónomas del individuo.

3.2.3.2 Eutanasia.

Con los temas de la autorización y la entrega de información fuera del camino, la pregunta más difícil es cuán amplio es el dominio sobre el que discurren estas elecciones autónomas. Y en esta pregunta los materiales legales son mucho menos coherentes. A un lado, existen elecciones referidas como exclusivas de la esfera individual -tomar o no un tratamiento y qué tratamiento tomar de entre todos los posibles-. Universalmente, estos temas se entienden como

incluidos dentro de la esfera del paciente, aunque un comité de veinte obispos y médicos piense que el paciente ha hecho la elección equivocada⁽³²⁾. Es fácil no seguir las órdenes médicas si la voluntad es suficientemente fuerte para hacerlo.

Entonces ¿qué ocurre cuando el tema no es el rechazo al tratamiento médico sino la insistencia de que se practique un suicidio asistido o eutanasia? Aquí la retórica empieza a cambiar; ya no se trata de un asunto en el que las elecciones individuales importen. Ahora parece que estas transacciones debieran no ser permitidas en absoluto (Dios perdone si son a cambio de dinero). Las elecciones entre vida y muerte son ahora referidas como suficientemente sagradas (y entonces inconmensurables) como para sacarlas del dominio de la elección individual y ponerlas en el campo de la conciencia colectiva. El efecto global es un fuerte grupo de prohibiciones de la elección, aunque es fácil imaginar por qué algunas personas que sufren dolores terribles por enfermedades terminales o crónicas piensan que estarían mejor muertos que viviendo una vida de sufrimiento para ellos y su familia⁽³³⁾.

Los temas de información e incapacidad de discernimiento también se encuentran presentes, pero no son de diferente magnitud que aquellos surgidos en casos de rechazo al tratamiento médico en los que reina el principio de autonomía. En ambos casos la respuesta correcta debería ser: es tu vida, y sabemos que no estás actuando por capricho, antojo, depresión o ignorancia cuando decides terminar con el sufrimiento y la preocupación de tus familiares y ahorrar los gastos públicos en mantener la situación médicamente. Pero una vez más la rígida naturaleza de la elección y la sagrada naturaleza del interés impiden que eso ocurra. Ocurriría si permitiéramos que las visiones convencionales de autonomía e

(31) Para la decisión principal, ver *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 772, 780-89 (D.C. Cir. *cert.denied*, 409 U.S. 1064 (1972)). Para una muestra reciente de la doctrina, ver: SCHUCK, Peter H. *Rethinking Informed Consent* En: 103 *Yale Law Journal* 1994, pp. 916-920.

(32) La referencia a los 20 obispos viene, algo fuera de contexto, del famoso pasaje de *Learned Hand en Hotchiss v. National City Bank* 200 F. 287, 293 (S.D.N.Y. 1911). "Si, sin embargo, fuera probado por 20 obispos que cualquiera de las partes, al usar esas palabras, pretendía algo más que el significado usual impuesto por la ley sobre ellas, aquella parte sería amparada en su pretensión, salvo que existiera un error mutuo o algo similar". Esta consagración de la intención objetiva tiene por supuesto un paralelo en la ley de autorización informada, donde el tema de la causa, por razones de seguridad, se entiende como objetivo en vez de subjetivo. Ver: *Canterbury v. Spence* Op. Cit. 464 F. 2d. p. 791. Pero, en caso el conflicto entre las visiones objetivas y subjetivas de la interpretación nuble la figura general, la primera prueba es que ambas coincidan cuando sea posible. No se trata de escoger una de ellas, especialmente en temas médicos.

(33) Para mi defensa de la eutanasia voluntaria, ver: EPSTEIN, Richard A. *Voluntary Eutanasia* En: *University of Chicago Law School Rec.* Primavera de 1989. p. 8.

intercambio rijan en los casos difíciles como ocurre en los casos fáciles.

3.2.3.3 Venta de órganos.

La misma curiosa ambivalencia respecto de la autonomía puede ser encontrada en otras áreas. Una de los temas más intensamente debatidos es el de si los individuos tienen el derecho a vender y comprar órganos. El argumento contra esta posición es frecuentemente expresado en términos de inconmensurabilidad entre los órganos necesarios para la vida humana y el vil dinero⁽³⁴⁾. En un sentido, la prohibición de venta de órganos es errónea: si los dos elementos fueran verdaderamente inconmensurables, entonces ningún par de individuos podría acordar términos de intercambio que entendieran como mutuamente ventajosos porque no podrían hacer las comparaciones necesarias para ellos. La prohibición de venta de órganos entre extraños (al contrario de las donaciones, típicamente entre familiares) tiene sentido precisamente porque estas ocurrirían si la prohibición fuera abolida. Dada la cruda realidad, cualquier argumento filosófico expresando que no podría hacerse el intercambio es falso debido al hecho de que los intercambios efectivamente ocurrirían.

Entonces la pregunta se torna algo diferente: ¿debe permitirse estos intercambios cuando sean mutuamente beneficiosos para las partes? Un posible argumento es el de que la patrimonialización de las partes del cuerpo es tan repulsiva que no permitimos que estas valuaciones privadas contaminen el universo moral en el que vivimos (como si el apoyo a la prohibición fuera universal). Pero es importante hacer dos apuntes generales respecto de los argumentos de este tipo.

Primero, el entendimiento común de valor subjetivo e intercambio voluntario ofrece una historia distinta. La típica persona que busca un trasplante de órgano está en situación de necesidad. El individuo a quien se le pide donar el órgano puede estar motivado a hacerlo por razones de consanguinidad o matrimonio, o por simpatía. Sin embargo, esa persona podría perfectamente ser un extraño de la parte necesitada. Sin importar qué relación exista, es claro que cualquier

sistema de donación voluntaria (especialmente de un donante vivo) impone una fuerte presión sobre el donante. La imposibilidad de convertir estas donaciones en intercambios significa que habrá una reticencia sistemática a realizar los intercambios que serían beneficiosos para ambas partes, una de las cuales está en riesgo de morir.

En este contexto, el argumento de patrimonialización parece bastante vacío. Una persona está en riesgo de morir. La otra persona está en riesgo de perder un riñón, lo que en muy pocos casos traería complicaciones médicas y en menos la muerte. No tengo dudas de que la pérdida de la vida es un riesgo mucho peor al de la pérdida de un riñón. El segundo no es un riesgo menor, en absoluto. La negativa a permitir una compensación aumenta la demanda de altruismo y la presión sobre la familia porque hace imposible hacer un pago para compensar, al menos en parte, los riesgos asumidos por la persona que dona el riñón. Las consecuencias son predecibles a partir de economía básica: frecuentes pedidos públicos de órganos desesperadamente necesitados, y poco incremento en la oferta y provisión general de órganos. Las refinadas críticas morales respecto de la patrimonialización y la inconmensurabilidad no hacen nada para suspender las leyes de oferta y demanda comunes o para atacar las limitaciones que serían reducidas si se permitiera un mercado de buen funcionamiento. Las nociones usuales de evaluación subjetiva nos llevan a un camino muy diferente al de la preocupación sobre la inconmensurabilidad.

Segundo, la prohibición de venta de órganos no es necesariamente incorrecta aún si las apelaciones a la patrimonialización y la inconmensurabilidad fueran sobredimensionadas. Podría decirse que la transacción en sí misma invita tanto al engaño y al aprovechamiento que la prohibición total es necesaria para contrarrestar estos males comunes en el proceso contractual. Pero un reclamo de ese tipo es difícil de hacer en forma categórica. Sería necesario primero demostrar que la posibilidad de libre entrada en ambos lados del mercado, el uso de terceros intermediarios como agentes o *brokers*, y la posibilidad de restricciones menores (algunos períodos de espera, sólo

(34) Ver: RADIN, *Market Inalienability...* Op. Cit.; pp. 1880-1881. Para una buena defensa del intercambio de órganos, ver COHEN. Op. Cit. pp. 30-36. Para mis visiones sobre la legalización del trasplante de órganos, ver EPSTEIN, Richard A. *Organ Transplants: Is Relying on Altruism Costing Lives?* En: *American Enterprise*. Noviembre-diciembre de 1993. p. 50.

cierta gente elegible para participar, etc.) no pueden enfrentar el vasto índice del abuso sin destruir la práctica íntegramente.

Una vez que el punto está enfocado así, cualquier fascinación filosófica con la inconmensurabilidad en conexión con la venta de órganos debe desaparecer rápidamente, porque estos argumentos tienen fuerza debido a los problemas de costos del error asociados con la ejecución de los contratos. Digan lo que digan los detractores, ningún utilitarista piensa que los beneficios de un intercambio voluntario deben prevalecer cuando existe fraude o incapacidad de discernimiento. Si ese es el caso, la pregunta no es filosófica sino empírica. ¿Es la certeza de estos daños tan grande que debe imponerse la prohibición de venta de órganos antes de que pueda desarrollarse alguna forma de mercado? En este punto la íntima conexión entre las tradiciones utilitarista y liberal se asienta.

Cuando el sistema legal se desarrolla en función de la inconmensurabilidad, se convierte en un prisionero de su propia entrampada retórica, y, al no poder entender las fuerzas del carácter humano, es presa de sus debilidades. Sencillamente no hay suficiente generosidad en el mundo para sobrellevar los grandes costos privados asociados con la provisión de órganos que son mucho más valiosos para su receptor. Lo que se necesita es ignorar los temas típicos de los trasplantes de órganos y enfatizar el punto fundamental de la teoría ortodoxa: el intercambio voluntario genera mutuas ganancias. El resto es puro comentario.

4 Conclusión.

Este ensayo se ha enfocado en la paradoja del pensamiento económico y filosófico. Muchas veces, los principios que encierran la mayor simplicidad representan el mayor grado de desarrollo. Así, en el esfuerzo por construir muchos niveles de análisis, todo

el modelo se torna demasiado complicado para su propio bien, ya sea en términos descriptivos o normativos. Para dar una comparación cercana, el juego de ajedrez con 32 piezas sobre 64 cuadros es simple en comparación con las complicadas versiones tridimensionales del juego que las fértiles mentes puedan inventar. Pero es el juego original y simple el que permite el pensamiento más profundo y el más completo análisis.

Ocurre con lo mismo con los problemas legales. El constante esfuerzo de traer a colación cada elemento de ambigüedad psicológica y conductual da como resultado el uso de modelos demasiado sutiles y complicados para su propio objetivo. Al tratar intercambios simples, no existe teoría moral que de el mismo beneficio que la explicación económica del tema: permiten mutuas ganancias (una operación de resultado positivo) y entonces evidencia a las importantes y sistemáticas diferencias entre utilidad y riqueza. Al tratar la agresión y el robo, no necesitamos mirar más allá de la preocupación por los juegos de suma negativa. Dar una explicación a esta misma práctica se hace mucho más difícil en un mundo en el que las preguntas sobre patrimonialización e inconmensurabilidad entran y salen del cuadro solamente para nublar la distinción fundamental de la vida civilizada, aquella entre coerción e intercambio.

Finalmente, creo que el único gran peligro existente en la constante apelación a nociones filosóficas de inconmensurabilidad es el de que estas minen la presunción de libertad y pongan en su lugar a la presunción de poder estatal sobre las elecciones individuales. Las concepciones utilitaristas de valor subjetivo que he defendido aquí hacen un mucho mejor trabajo al explicar los tópicos de limitación de la elección individual y la libertad de contratar. Es por esa razón que deben ser celosamente defendidas y preservadas socialmente. *RE*