

RIIM

Revista de Instituciones, Ideas y Mercados

Nº 52 | Mayo 2010 | Año XXVII

■ Artículos

Luciano Benetti Timm

La función social del derecho contractual en el código civil brasileño:
justicia distributiva vs. eficiencia económica 5

Nicolás Cachanosky

The Austrian School of Economics and Game Theory:
An Analysis of Spontaneous Orders 52

Martín Krause

Inseguridad jurídica: el conflicto entre los principios económicos
y las doctrinas jurídicas 89

Eugenio Kvaternik

Tocqueville: sobre el consenso, la polarización y la radicalización . . . 125

Douglas Den Uyl

Smith, Ethics, and Liberal Market Orders 147

María A. Carrasco

Adam Smith's "Sympathetic Impartiality" and Universality 178

■ Ensayos y conferencias

Nicolás Maloberti

Sobre el libertarismo de Michael Otsuka **196**

Samuel Gregg

Wilhelm Röpke, the Depression, and the 2008 Crisis:

Reflections from the Past, Lessons for Today **208**

Jesús M. Zaratiegui

Una visión sesgada de racionalidad frena el progreso

de la ciencia económica **223**

RIIM

Revista de Instituciones, Ideas y Mercados

LIBERTAS NUEVA EPOCA

RIIM es una publicación académica de aparición semestral que tiene por finalidad la publicación de artículos originales en español e inglés en las áreas de economía, ciencias sociales y humanidades, con especial énfasis en las instituciones, ideas y tradiciones que hacen posible el funcionamiento de una sociedad libre. Cuenta con un consejo editorial interdisciplinario, y los trabajos publicados están sujetos a la aprobación de un referato anónimo.

RIIM is a bi-annual journal published by ESEADE under the academic responsibility of an interdisciplinary Editorial Board. The Journal publishes original academic production, in Spanish or English, in the field of economics, humanities and the social sciences, with emphasis on institutions, ideas and traditions associated with the principles of a free society. All contributions are subject to prior approval following a blind peer review process.

RIIM: Consejo Editorial y de Referato

Alejandra Salinas (Editora General), Enrique Aguilar, Ezequiel Gallo, Juan José Gilli, Mariano Grondona, Martín Krause, Carlos Newland, Carlos Rodríguez Braun, Mario Serrafiero, Eduardo Stordeur, Gabriel Zanotti, Eduardo Zimmermann.

ESEADE: Consejo Directivo

Enrique Duhau (Presidente), Santiago Bergadá, Gerardo Bongiovanni, Eduardo Bruchou, Emilio Cárdenas, Clarisa Estol, Alejandro Estrada, Mariano Grondona, Alfredo Irigoín, Eduardo Marty, Gustavo Matta y Trejo, Enrique Zuleta Puceiro, Luisa Zorraquín.

ESEADE: Consejo Académico

Carlos Newland (Rector), Alfredo Blousson, Martín Sisto, Alejandra Salinas, Leonardo Gargiulo, Martín Krause, Mariano Grondona, Emilio Cárdenas, Enrique Aguilar, Delfina Helguera, Alicia Saliva.

Edición impresa

I.S.S.N. 1851-1066

Diseño de interior a cargo de Karin Bremer | info@karinbremer.com.ar

© 2010 by ESEADE

Uriarte 2472

C1425FNJ Buenos Aires, Argentina

www.eseade.edu.ar

Queda hecho el depósito de Ley 11.723

Este número puede ser adquirido en formato impreso en la sede de Eseade.

Edición digital

I.S.S.N. 1852-5970

Los números anteriores están disponibles sin cargo en:

www.eseade.edu.ar/riim/riim.asp

LA FUNCIÓN SOCIAL DEL DERECHO CONTRACTUAL EN EL CÓDIGO CIVIL BRASILEÑO: JUSTICIA DISTRIBUTIVA VS. EFICIENCIA ECONÓMICA*

*Luciano Benetti Timm***

Resumen: Este artículo analiza el estado actual de la doctrina y la jurisprudencia del Brasil sobre la interpretación del art. 421 del Código Civil, que transmite la idea de la función social de los contratos. La doctrina generalmente asocia este concepto al modelo paternalista del Derecho Contractual y a la justicia distributiva, inherentes al Estado Social. Procuero una lectura crítica del incipiente consenso acerca del significado de dicha función social, desde el punto de vista del análisis económico del derecho y su énfasis en la eficiencia y las consecuencias negativas del modelo paternalista.

Abstract: This paper deals with the current status in Brazilian legal scholarship in regard to the interpretation of Section 421 of the new Civil Code that provides for the social function of contracts. This provision is normally identified with the paternalist model of contract law and its idea of distributive justice, typical of the Welfare State legislation and policies. I suggest a critical

* Agradezco a ULBRA el apoyo financiero para la realización de mi Postdoctorado en la UC Berkeley. Agradezco asimismo al Prof. Dr. Robert Cooter por su orientación en mi investigación efectuada en el *Center of Law, Business and the Economy* de esa Universidad, así como a los allí Profesores, Melvin Eisenberg, Gillian Lester y Rachel Moran, por los comentarios a la primera versión en inglés; y a los Profesores Ejan Mackaay (Universidad de Montreal), Fernando Araújo (Universidad de Lisboa) y a todos los integrantes del Workshop de la Escuela de Derecho de la FGV-Rio, dirigido por el Profesor Luis Fernando Schuartz, que leyeron la segunda versión de este trabajo.

** Postdoctor (U.C. Berkeley, EE.UU). Doctor en Derecho de los Negocios (UFRGS, Brasil). Maestría en Derecho (Universidad de Warwick, Inglaterra). Profesor Titular (PUC-RS). Profesor del Programa de Postgrado (ULBRA). Presidente de la Asociación Brasileira de Derecho y Economía (ABDE) y del Instituto de Derecho y Economía de Rio Grande do Sul (IDERS). Email: ltimm@cmted.com.br

reading of this provision from the Law & Economics stance and its emphasis on efficiency and the negative consequences of paternalism.

Introducción

El nuevo Código Civil brasileño, publicado en el 2002 y vigente desde el 2003, introdujo significativas innovaciones cualitativas en el Derecho Privado del Brasil,¹ entre las cuales la más controvertida es la del art. 421, que ahora dispone: “La libertad de contratar será ejercida en razón y dentro de los límites de la *función social* del contrato” (énfasis agregado).

Conforme las premisas metodológicas expuestas en la primera parte de este artículo, intentaré demostrar que pueden distinguirse dos paradigmas opuestos acerca de lo que debe entenderse por *función social* en el Derecho Contractual del Brasil, que emergen de la disputa sobre la interpretación del citado art. 421. Este debate no es sólo dogmático y tampoco consiste únicamente en la *revelación* del Derecho por parte de los juristas. En verdad, el conflicto entre ambos paradigmas sólo puede comprenderse si se comparan las diferentes concepciones de la sociedad y de la función de los contratos en su seno (en otras palabras, la *función social* de los contratos) inherentes a cada uno de los términos en disputa. El primer paradigma, que llamaré *modelo solidarista* (o *paternalista*,² como prefieren los juristas norteamericanos) está basado en una visión sociológica *colectivista* de la sociedad y, por consiguiente, de los contratos. Llamaré al segundo *modelo del Law & Economics* (Análisis Económico del Derecho) ya que se inscribe en la noción del individualismo metodológico, usual en la Economía, para interpretar lo que es un contrato y cuál es su función en la sociedad.

El paradigma paternalista será analizado en detalle en la segunda parte de este trabajo. Llamaré de ese modo a las corrientes que identifican la función social del contrato con el propósito de equilibrar los poderes económicos y fácticos de las partes, a fin de atender a la finalidad de justicia distributiva propia del Estado Social. Este paradigma –intentaré demostrar– conlleva un error teórico, en cuanto parte de una concepción desvirtuada

de lo que es el contrato, como práctica social, en la sociedad actual. Por no percibir correctamente lo que el contrato *es* en la realidad, el modelo falla al prescribir lo que el Derecho Contractual *debe ser* (y al proponer, sobre esa base, qué debe entenderse por función social del derecho Contractual).

En la tercera parte de este trabajo analizaré el paradigma del *Law & Economics* del contrato y de la sociedad, según se está elaborando en el Brasil sobre la base de algunas nociones usuales en esa corriente de pensamiento. Estas ideas se pueden encontrar, por ejemplo, en Zylbersztajn y Sztajn (2005), Castelar Pinheiro y Saddi (2005), y en los estudios introductorios realizados en los últimos dos años por el Grupo de Estudios de *Law & Economics* de la Pontificia Universidad Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Sus argumentos tienen cabida en recientes decisiones del Superior Tribunal de Justicia brasileño (STJ).³

Más adelante intentaré demostrar que el cuasi-consenso imperante en la doctrina brasileña yerra porque sostiene que la función social de contrato se funda en la idea de justicia distributiva y porque pretende, por la vía contractual, hacer *justicia social*.⁴ Argumentaré que este modelo se frustra porque se opone a las elementales conclusiones normativas del Teorema de Coase, ya que defiende la interferencia estatal sobre lo acordado entre las partes, lo que genera crecientes costos de transacción y obstaculiza, consecuentemente, un mejor aprovechamiento de los recursos de la sociedad.

De acuerdo con el modelo del *Law & Economics* del Derecho Contractual, la protección de los intereses sociales no siempre se identifica (ni se alcanza) con la intervención a favor de la parte más débil, en aquellos casos que exista un desequilibrio de poder de negociación entre los contratantes. Por el contrario, ejemplos recientes demuestran que la interferencia estatal en el espacio privado puede favorecer los intereses de la parte más débil en un litigio individual, pero perjudicar los intereses colectivos. Ello sucede cuando introduce distorsiones en el espacio público implicado en el mercado, que se estructura según las expectativas de los agentes económicos. Además, la redistribución producida por la intervención judicial en un contrato individual, beneficia única y totalmente a la parte favorecida por ella en un litigio, sin ningún resultado colectivamente benéfico para aquellos que, pese a estar

en la misma situación, no demandaron judicialmente con la misma finalidad. En cualquier caso, es posible prever que el incremento de costos derivado de la intervención pública en el contrato (y los perjuicios de la consiguiente disminución de operaciones en el mercado), puede concluir siendo trasladada a los consumidores, en su conjunto.

En este sentido, la excesiva intervención judicial en los contratos puede ocasionar un grado de inestabilidad jurídica y consiguiente inseguridad en ambiente económico, que determine un incremento significativo de los costos de transacción que deban afrontar las partes. En el mismo sentido, puede originar externalidades negativas (v.g., efectos perjudiciales que serán soportados por terceros). El riesgo de perder el litigio que afronta la parte más fuerte (o la pérdida efectiva del mismo) tiende a “salpicar” a otros o a ser trasladado a la sociedad, que acaba pagando por el sujeto presuntamente más débil y al que la intervención tiende a proteger, sin recibir en compensación una mejora en su bienestar. Estas situaciones ocurren paradigmáticamente con relación a las tasas bancarias y con los contratos de seguro (como ocurrió en casos de financiamiento de la soja en el departamento de Goiás, a los que me referiré con algún detalle, más adelante).

Esta discusión, en todo caso, puede nutrirse de la literatura del Derecho Contractual de los EEUU, básicamente, por tres motivos:

- a) El mismo debate ocupa a la literatura contractual norteamericana desde hace por lo menos treinta años, y presenta –en ese ámbito– una orientación más pragmática, más analítica y más rica intelectualmente que la de Europa, por lo que puede sugerir lecciones para Brasil, donde la discusión es todavía incipiente;
- b) El análisis económico del Derecho nació en las facultades norteamericanas;
- c) Los contratos son herramientas jurídicas destinadas a facilitar las transacciones en el mercado,⁵ de lo que se puede inferir que cuanto más desarrollado sea el mercado en una sociedad, más complejo será, correlativamente, su Derecho Contractual. En ese entendimiento, los EEUU no son solamente un paradigma sino un buen paradigma.⁶

Es cierto, no obstante, que existen diferencias entre el Derecho Contractual norteamericano y el brasileño que aconsejan cautela en el trasplante del debate académico. Sin embargo, las discrepancias entre ambos sistemas jurídicos (por lo menos en término al Derecho de los contratos) no deberían sobrevalorarse, especialmente cuando se trata de cuestiones genéricas, como lo es el caso de la función social del Derecho Contractual.

A continuación, y antes de abordar los argumentos más relevantes, intentaré dejar claras algunas premisas metodológicas. Estas aclaraciones no son esenciales, pero contribuirán a la mejor comprensión de mi argumentación, por lo menos desde la perspectiva de la Teoría General del Derecho (o *jurisprudence*, para los versados en el *common law*).⁷

1. Premisas metodológicas: la trilogía derecho, ciencia jurídica y hechos

La ciencia evolucionó a partir del conflicto de teorías y paradigmas. Un paradigma sustituye a otro cuando aparece una nueva manera de pensar los problemas no resueltos por el paradigma vigente y un nuevo método para solucionarlos (Khun, 1982). Este proceso también ocurre en la *Ciencia del Derecho* (o doctrina jurídica). Cuando se logra una confluencia de ideas sobre los conceptos y los problemas que debe abordar el Derecho, se puede decir que se consolidó un paradigma jurídico. Frecuentemente, diferentes paradigmas colisionan entre sí y uno de ellos resulta dominante. Luego, pequeños ajustes y cambios lo perfeccionarán. Pero cuando las respuestas para los problemas surgidos no aparecen dentro del paradigma vigente, surgirán paradigmas alternativos que desafiarán a aquellos hasta entonces dominantes. Hay quienes denominan este proceso conflictos de ideologías;⁸ otros lo describen como un choque de discursos (Laclau, 1990) o como disputas de poder entre los jugadores de un mismo campo.⁹ Esas cuestiones, sin embargo, exceden el propósito de este artículo.

Más allá de aquellas consideraciones generales, interesan a los fines de este trabajo los paradigmas de la doctrina jurídica, o sea, las disputas internas de la Ciencia Jurídica o conflictos entre juristas acerca de cómo caracterizar

e interpretar el Derecho. Para aclarar esta posición, asumiré que hay diferencia entre el Derecho (como sinónimo de Sistema Jurídico, v.g., conjunto de principios y reglas que se originan de la legislación y de la jurisprudencia) y la Ciencia del Derecho (la forma mediante la cual los principios y las reglas son interpretados y caracterizados por la doctrina jurídica).¹⁰ Lo que discutiré en este trabajo es la doctrina brasileña y no los cambios en el Derecho propiamente dicho (i.e., cambios legales). Sólo asumiré, a ese respecto, que los principios y las reglas se modifican a través del tiempo y que la doctrina jurídica debe explicar esos cambios del sistema jurídico.

La aludida separación entre Derecho y Ciencia es sólo metodológica, y constituye una forma de percibir mejor el objeto de estudio y la disciplina que estudia ese objeto. En el mundo real del campo jurídico, se pueden observar interconexiones entre la Ciencia del Derecho y el Derecho, entendido como sistema jurídico, en cuanto las teorías jurídicas dominantes usualmente influyen significativamente sobre las decisiones judiciales.

Cuando los problemas distributivos y sociales se resuelven de acuerdo al derecho positivo, es esperable que las disputas políticas y económicas pasen a ser disputas jurídicas. Por esa razón, la doctrina jurídica asume una tarea mucho más ambiciosa que la de describir el Derecho. No introduciré aún en la discusión cuestiones relativas a la neutralidad, a los intereses personales de los juristas, y a las disputas del poder en el *campo jurídico*. Al contrario, por ahora asumiré únicamente que la modificación de las normas y principios jurídicos efectuada por el Poder Legislativo, constituye una fuente del conflicto de paradigmas, en cuanto genera disputas doctrinarias acerca de la manera en que las normas deben ser interpretadas y aplicadas por los tribunales.

En cualquier caso, asumiré que el Derecho, entendido como conjunto de reglas y principios jurídicos (Derecho “en el papel” –*law in the books*–), se diferencia del Derecho entendido como un fenómeno o práctica social (*law in action*) (Timm, Cooter y Schafer, 2006). En este último sentido, las *hard social sciences*¹¹ están metodológicamente mejor equipadas que la *Ciencia* del Derecho para constatar lo que es el Derecho *como hecho*.¹² En este sentido, la *Ciencia* del Derecho y los juristas están más entrenados y son más precisos

en el análisis de las normas jurídicas, pero tienden a valerse de las *hard social sciences* para la descripción y observación de los hechos (Kelsen, 1967; Hart, 1997). La separación entre Derecho y hechos trae ventajas metodológicas para la mejor comprensión de los paradigmas en conflicto. Sin embargo, aseverar que el Derecho difiere de los simples hechos no significa decir que aquél sea *independiente* de los hechos. Lo mismo vale para la *Ciencia del Derecho* y las *hard social sciences*. Los diversos campos del conocimiento deben articularse entre sí para la mejor obtención de ciertos fines valiosos: aunque la Biología sea una disciplina diferente de la Química, ambas deben interactuar para que la Medicina pueda superar las enfermedades. En nuestro campo, si se asumen las premisas anteriores, se advierte que esta es una oportunidad clara para la interdisciplinariedad. Ese tipo de relación se extiende, por ejemplo, a las vinculaciones entre Derecho y Sociología, Derecho y Economía, Historia y Derecho, Derecho y Antropología, Filosofía jurídica, etc.

Lo expuesto puede aplicarse al Derecho de los contratos. He propuesto en otra ocasión la distinción metodológica entre el *contrato* (como un hecho, un intercambio económico) y el *Derecho de los contratos* (como un conjunto de reglas y principios), basada en la conocida obra de Roppo.¹³ Pero es posible incluir una tercera noción que integra la trilogía: la *Ciencia del Derecho Contractual* o doctrina del Derecho Contractual, que busca establecer modelos y paradigmas relativos a los fundamentos del Derecho Contractual y también interpretarlo, conforme las premisas que proporciona el estudio disciplinario sobre lo que sea un contrato, en cuanto hecho. Desde ese punto de vista, cuando se asume que el contrato es un intercambio, se aprecia que puede ser regulado de modos diversos en países diferentes.

El Derecho Contractual varía según los valores y la ideología de cada período y de cada sociedad. Adquirir un arma de fuego, por ejemplo, está permitido en los EEUU, pero no en Taiwán. Sin embargo, en ambos países la transacción podría ocurrir en contravención a las normas referentes al derecho de los contratos (*law in the books*). En este sentido, la compra de marihuana en las favelas de Río de Janeiro y su exportación a la ciudad de Los Ángeles *son contratos*, porque las transacciones existen, aunque sean ilícitas y no susceptibles de cumplimiento jurídico forzado.

Sobre esta base, se puede afirmar que la función de la *Ciencia del Derecho Contractual* (o doctrina del Derecho Contractual), consiste en sistematizar, explicar y confrontar los diferentes modelos y paradigmas correspondientes al *Derecho “en el papel”*, y compararlos con el *Derecho en acción*, aunque, en lo que hace a este último, los juristas tengan que valerse de otras ciencias sociales. Los juristas pueden consentir o disentir acerca de *lo que sea el contrato en nuestra sociedad* (Derecho en acción) y lo que son o deben ser las *reglas de Derecho Contractual*, su real significado y su justificación política o teórica (sean cuestiones morales, como la autonomía privada; valores económicos, como la eficiencia; o cuestiones éticas, como la distribución de riqueza), es decir, sobre el *derecho “en el papel”*. Este tipo de discusión tiene bpor resultado la concepción, consolidación y desarrollo de paradigmas o modelos contractuales.

En el campo del *Civil Law*, las disputas doctrinarias acerca de los significados y valores de los textos jurídicos que contienen el Derecho de los Contratos se vienen sucediendo desde hace más de dos mil años.¹⁴ Históricamente, el tipo de norma jurídica que los juristas del *Civil Law* están acostumbrados a estudiar son aquellas normas establecidas dogmáticamente de acuerdo con los derechos y obligaciones de las partes (tal como el *Code Civil Français* o, en Alemania, el *Bürgerliches Gesetzbuch*). En este modelo, la función de la *Ciencia del Derecho* consiste en interpretar el texto gramatical y sistemáticamente, según alguna teleología, para orientar a los tribunales en su tarea de dirimir contiendas conforme el sistema jurídico. Los grandes *civilistas*, como Domat y Pothier en Francia, y Savigny y Windscheid en Alemania, se formaron sobre la base de esta tradición y desarrollaron el llamado modelo clásico de Derecho Contractual.¹⁵ Esta línea de pensamiento no otorga relevancia a la discusión de ciertas cuestiones empíricas, como la indagación acerca de lo sea un contrato *en las prácticas sociales (law in action)*. Al contrario, se limita a derivar una doctrina del Derecho Contractual a partir de la Teoría General del Derecho (Scalise, 2007).

El crecimiento y consolidación de las ciencias sociales en el siglo XIX (como la Economía y la Sociología) y la madurez democrática alcanzada por los países del Occidente en el siglo XX, introdujeron innovaciones legis-

lativas y doctrinarias. Probablemente una de las más interesantes innovaciones fue la gradual introducción de normas *funcionales* y *promocionales*, principalmente a partir de la sanción de leyes de bienestar social, tales como la ley de locaciones, las leyes laborales, la Constitución programática portuguesa de 1976, el Código Civil italiano de 1942, las convenciones internacionales de Derechos Humanos, etc. Esta tendencia motivó entre los juristas de formación romano-germánica un debate crucial acerca del sentido mismo del Derecho, vale decir, sobre su función en la sociedad (Bobbio, 2007; Grau, 2007; Gordon, 1984:57; Weinrib, 1995:1-8). En este marco, el estudio interdisciplinario se ha constituido en un aspecto esencial. Estas consideraciones generales se aplican, muy especialmente al campo de los contratos en Brasil (y también al de los derechos de propiedad, aunque éstos no serán objeto de este trabajo), como demostraré más adelante.

Ajena a la influencia de la dogmática y de la tradición de la Teoría General del Derecho, libre de mayores influencias de los textos de los códigos o del formalismo (en buena parte, gracias a la jurisprudencia sociológica y el realismo jurídico. Ver Holmes, 1991; Pound, 1908:605), y con funciones y tradiciones muy diferentes, la doctrina norteamericana ha generado discusiones provechosas acerca de los contratos y del derecho Contractual. Muchas de estas discusiones encuentran su base en estudios interdisciplinarios.¹⁶ En los EEUU, el denominado modelo clásico de Derecho Contractual ha sido blanco de críticas durante los últimos treinta años. Este modelo asume que cada persona tiene conciencia de lo que es mejor para sí; que, por ese motivo, debe tener la libertad para negociar, dado que a través de la negociación procurará la satisfacción de sus fines del mejor modo. Asume, en consecuencia, que el contrato producto de esa negociación es la mejor expresión de la voluntad de las partes. Sostiene que los tribunales (léase el Estado) deben intervenir en la relación contractual sólo si el acuerdo concluido no fue el resultado de la libre voluntad de las partes (por ejemplo, por mediar dolo, violencia, error, etc.) o si se incumple el acuerdo. El Derecho Contractual clásico, en resumidas cuentas, tiende a ser dogmático y se concentra más en la fase de formación del contrato que en su función.¹⁷

El Profesor Farnsworth (2004:29) ha clasificado la reciente evolución de la doctrina del Derecho de los contratos norteamericano (Ciencia del Derecho) en al menos cinco modelos o paradigmas –como los he denominado– diferentes:

1. El paradigma del Law & Economics parte de la aplicación de conceptos económicos al Derecho Contractual. Fue inaugurado por Coase (1988) y desarrollado por Polinsky (1994), Cooter (2003), Posner (2007) y Shavell (2004), entre otros;
2. El paradigma histórico o evolutivo de Horwitz (1974; 1977), Atiyah (1979) y, tal vez, Gilmore (1995), intenta identificar el Derecho Contractual como la respuesta a las transformaciones políticas y económicas en la sociedad;
3. El paradigma paternalista busca aplicar las nociones de justicia distributiva y protección estatal en el campo de los contratos. Se incluyen en esta línea las obras de Ackerman (1971) y Kronman (1980; 1983) y de fundadores del movimiento denominado *Critical Legal Studies*, como Kennedy (1976) y Unger (1983);
4. El paradigma sociológico de Macneil (1978 y 2003; Speidel, 2000) y Macaulay (1963; 2000, y 2003) se vale de herramientas sociológicas empíricas y teóricas con el objetivo de investigar vinculaciones relacionales o de duración. Pone su énfasis en las relaciones más que en los instrumentos que soportan los contratos que les darían origen;
5. Los paradigmas morales de Fried (1981) y de Eisenberg (2001) apuntan a la voluntad de las partes y hacen del Derecho de los contratos la manifestación de su real y verdadera intención.

Según Posner (2003:829) y Farnsworth (2004) el paradigma del *Law & Economics* es el más difundido e influyente en los EEUU. El significado de esta afirmación es que los problemas teóricos identificados por los cultores de ese modelo y sus estrategias para solucionarlos se ha vuelto predominante en las facultades de Derecho de ese país. El Profesor Unger, uno de los opositores a este paradigma, comparte la misma conclusión (1983:563).

El debate sobre a la función social del Derecho Contractual ha alcanzado en Brasil una intensidad mayor que en Europa y se aproxima más al modo

en que se desarrolló en los EEUU, por dos razones. Primero, por la vigencia de la Constitución de 1988, con la creación de derechos que demandan del Estado prestaciones positivas (derechos sociales y económicos), y por la entrada en vigor del nuevo Código Civil de 2002, que dio lugar a intensos debates y disputas sobre los paradigmas de Derecho Contractual. Segundo, porque los cursos de postgrado en Brasil solamente comenzaron –de modo sistemático y bien estructurado– en la década de 1990, y permitieron incorporar profesores con dedicación exclusiva a la docencia y con una remuneración adecuada, que pudieran pensar en la academia como una profesión y no como un *hobby* o una vía de acceso a posiciones estratégicas en la burocracia estatal.

De hecho, el nuevo Código Civil brasileño trajo modificaciones significativas al Derecho de los contratos, especialmente la dispuesta en el art. 421 que prevé la necesidad de observar la función social de los contratos en el ámbito de la autonomía privada. Frente a una proposición normativa tan general, no sorprende que surjan disputas de paradigmas sobre lo que significa la *función social* del contrato.

A fin de dilucidar esta cuestión se deben tratar de modo separado, funciones diferentes implicadas en este campo.

En primer lugar, es posible distinguir la función social *del contrato* (*tout court*) en la sociedad. Se trata de una cuestión fáctica y se incluye dentro del *Derecho en acción*. Para su observación, dada la naturaleza del objeto implicado, corresponde recurrir a la interdisciplinariedad. La descripción de esta clase de hechos es el objeto de las *hard social sciences* (Sociología, Economía).

Algo diferente es la función social *del Derecho Contractual*. Su estudio constituye el objeto de análisis típico de la doctrina jurídica, en su intento de orientar a los jueces en la interpretación y aplicación del Derecho, sobre la base de una pocas premisas fácticas transplantadas de otras ciencias. Su naturaleza es esencialmente normativa.

A la luz de esta distinción, resulta difícil justificar el intento por evitar el aporte interdisciplinario frente una norma tan genérica como la que alude a la *función social*. No obstante, razones de precisión metodológica exigen distinguir cada uno de los objetos y campos de estudio.

2. El paradigma paternalista o distributivo: el cuasi-consenso acerca de la función social del derecho contractual

La doctrina brasileña pareciera estar arribando a un cierto consenso referente al sentido de la *función social* del contrato. Esa opinión cuasi¹⁸ dominante se observa a partir del relevamiento de los trabajos publicados en las principales revistas del Brasil entre 2003 y 2006.¹⁹ Una parte significativa de los mismos entiende la función social como la expresión, en el ámbito contractual, del deseo de *justicia social* propio del Estado de Bienestar constitucional. Se trata de una manifestación del fenómeno denominado *publicación, socialización o constitucionalización* del Derecho Privado, en razón del cual institutos tradicionalmente pertenecientes al Derecho Civil –como el contrato o el derecho real de dominio– pasan a ser orientados por criterios distributivos inherentes al Derecho Público.²⁰

El principio de la función social del contrato es visto, según este cuasi-consenso, como una necesaria limitación al principio de la libertad contractual (autonomía privada), idea ésta considerada individualista y anacrónica. En este sentido, la función social del Derecho Contractual vendría a garantizar la primacía de los intereses colectivos (sociales) sobre los intereses individuales. Se asume que los acuerdos privados reflejan las desigualdades sociales, y se infiere que la distribución de riqueza derivada de los contratos sería injusta si la negociación no fuera regulada “desde afuera” y se dejara al simple albedrío de las partes. Se concluye, entonces, que para promover la igualdad en la sociedad el Estado debe proteger la parte más débil de la relación contractual a través de la regulación heterónoma de los contratos para lograr una distribución más justa de los beneficios del contrato. Se trata, en suma, de un modelo que entiende que la idea de libertad contractual es una ficción, ya que no habría tal libertad contractual si existe, en los hechos, una disparidad aguda entre las partes.²¹

La difundida opinión sobre la *publicación* del Derecho Privado en Brasil puede explicarse por el trasplante de modelos europeos introducidos por profesores de Derecho, cuyas tesis de doctorado fueron realizadas en países *welfaristas* de Europa, principalmente en Francia e Italia, pero también en

Alemania, España y Portugal. Es sabido que, aún hoy, la cantidad de profesores brasileños que buscan, con el mismo objetivo, los EEUU (JSD-*Doctor of Juridical Science*)²² es significativamente menor. A título descriptivo, la referida socialización puede ser explicada también como un objetivo político del pensamiento de izquierda derivado de la tradición de los Derechos Humanos, que se formó durante el período dictatorial ocurrido en Brasil, y que se ha vuelto la visión predominante en los cursos de postgrado nacionales (Engelmann, 2007).

El contexto intelectual de esta especie de paternalismo en el Derecho de los contratos –del que me ocupé en un artículo anterior (Timm, 2006)– puede identificarse con el marxismo, la doctrina social-cristiana y sobre todo con la sociología colectivista y solidarista de Comte, Durkheim y Tonnies. Como ya mencioné, dado que la *Ciencia* del Derecho se concentra en las normas (en este caso, de Derecho Contractual) y se expresa por medio del discurso dogmático, deja sin explicitar sus supuestos. No obstante, para una efectiva comprensión de estas ideas corresponde develar tales supuestos y para ello resultan fundamentales las conclusiones de las *hard social sciences* sobre cuestiones fácticas, en especial, acerca del contrato como práctica social. Es posible inferir, a este respecto, que el modelo paternalista del Derecho Contractual brasileño se basa en la visión colectivista del contrato, para la cual éste no es el resultado de la voluntad de las partes, sino un hecho social *orgánico* que expresa la cohesión y solidaridad del tejido social en situaciones de acentuadas diferencias entre individuos de una comunidad. Para esta corriente, el individuo sería una función del sistema social, de la misma forma que el contrato es una función de la sociedad (Durkheim, 1980:60).

Cuando la solidaridad no brota espontáneamente en la sociedad hay anomia, lo que debe ser corregido por el Estado mediante una intervención que implica algún modo de coerción. Así, el Derecho Contractual resulta un modo de imponer tal solidaridad, por parte del Estado cuando ésta no resulta espontáneamente del orden social. Esta es precisamente la razón de la existencia de derechos sociales en el Estado Social, en cuyo seno la cooperación es un deber jurídico, no una obligación de naturaleza meramente

moral. El espacio público del mercado, de acuerdo a este pensamiento, es la anarquía, y no la coordinación de los comportamientos sociales (Lukes, 1977:38). Sobre la base de esta idea acerca de la interacción entre sociedad y mercado –que se encuentra en la obra de economistas y sociólogos como Swedberg (1985) y Granovetter (1985)– este paradigma paternalista entiende la función social del Derecho Contractual de modo tal que pone al contrato y al mercado en conflicto (como si el contrato fuera *diferente* del mercado; el contrato como un acto de solidaridad y el mercado como la supervivencia del más apto).

En este modelo paternalista, por lo tanto, la función social del Derecho Contractual consistiría en promover la solidaridad, corregir el desequilibrio de poder implícito en el contrato y distribuir el resultado económico de la relación entre las partes (*justicia social*). Por lo tanto se sustituye la regulación del contrato diseñada por los propios sujetos contractuales (autonomía) por la regulación del Estado (heteronomía), y se reformula la división del beneficio económico creado por el convenio. La intervención estatal se hace por la vía legislativa y por la revisión judicial de los contratos (Cappeletti, 1984).

Veamos primero la intervención legislativa. La legislación propia del Estado Social se caracteriza por una mayor abstracción de las normas jurídicas, expresadas en un lenguaje amplio con el fin de abarcar situaciones imprevistas que serán resueltas en el análisis de cada caso por los tribunales (Faria, 1998; Lopes, 1998). Frente a este panorama, un error frecuente es pensar que los jueces del *Common Law* tienen mayor libertad para crear el Derecho que los jueces del *Civil Law*. Por el contrario, los jueces brasileños se pronuncian con amplia libertad y sus sentencias sólo reciben control a través de las apelaciones a instancias judiciales superiores. Probablemente sea esta la razón por la cual el diagnóstico (o también, el pronóstico) elaborado por Gilmore concerniente a la “muerte del contrato”, encontraría clara cabida en Brasil. Sin embargo no es este el único punto de contacto entre la situación en ese país y el debate académico norteamericano. Adicionalmente, el paradigma paternalista del Derecho Contractual en Brasil asume implícitamente ideas básicas del movimiento denominado *Critical Legal Studies* en los EEUU. Ambos confluyen en la descripción de la presunta “ininteli-

bilidad” de la frontera entre el Derecho Público y el Privado, en su defensa de una racionalidad esencialmente *material* y no *formal*, y concuerdan en atacar el individualismo implicado en este campo.²³

En cuanto a la intervención judicial en los contratos, en Brasil, como es usual en los países de tradición romano-germánica en general, los jueces resultan fuertemente influenciados por la doctrina, que cobra un papel fundamental en la práctica jurídica (especialmente en los jueces de primera instancia).²⁴ Estas lecciones doctrinarias terminan por plasmarse en las sentencias de los tribunales. Es importante destacar que los fallos de los tribunales superiores no tienen fuerza vinculante (doctrina del *stare decisis*) en Brasil, con la excepción de las *súmulas vinculantes* del Supremo Tribunal Federal, introducidas por la Enmienda Constitucional N° 45 del 2004. Más aún, estas sentencias superiores tampoco ejercen persuasión moral o informal, al menos en la medida en que ello ocurre en algunos países de Europa y en la Argentina.

En un esmerado estudio, Pinheiro (2005:248) evidencia que una de las principales preocupaciones de los magistrados brasileños de primera instancia es la *justicia social*. Según su investigación, más del 70% de los jueces entrevistados prefieren hacer *justicia social* que aplicar la *letra fría* de la ley y del contrato. Eso se demuestra, por ejemplo, en la decisión del Tribunal de Justicia del departamento de Río Grande do Sul, que concluye: “La función social del contrato tiene por objetivo evitar la imposición de cláusulas onerosas y dañinas a los contratantes económicamente más débiles”.²⁵

En este sentido, sobre la base de la función social de los contratos, algunos jueces revisan los convenios guiados por el argumento político de proteger al débil contra el fuerte, o a la sociedad (por ejemplo, al mutuuario) contra la individualidad (por ejemplo, una institución financiera). Veamos, por ejemplo, el resumen de un fallo del Tribunal de Justicia del departamento de Rio Grande do Sul:

Sistema Financiero de la Habitación. Acción de revisión contractual. Plan de compromiso de renta. Planilla Price. Capitalización. Función social del contrato. Seguro.

Posibilidad de revisión y de adecuación del contrato, estableciendo el equilibrio en las relaciones existentes entre las partes, dentro de aquellos parámetros que confiere el Estado de Derecho y la función principal del Poder Judicial.

(...) 6. Se excluye la incidencia desigual de la Planilla Price adoptándose el método de cálculos de interés simple, con el objetivo de evitar el anatocismo y la progresión geométrica y exponencial de los intereses.²⁶

En el caso comentado, como sucede idénticamente en miles de otros casos en la justicia *gaúcha*, el Tribunal declaró inaplicables ciertas previsiones de un contrato de financiamiento habitacional suscripto entre una institución financiera y un mutuario, con el propósito de generar un cierto tipo de equilibrio en el contrato. Entendió el Tribunal que la Planilla *Price* (método de cálculo de interés propio de la matemática financiera), utilizada para calcular los intereses en el caso, era abusiva, porque generaría la incidencia del cobro de interés sobre interés (anatocismo) que conforme el referido Tribunal, está legalmente vedado.

En esta misma línea, el Tribunal prohibió la interrupción del abastecimiento de agua y energía eléctrica, aunque el corte del servicio por falta de pago estuviera expresamente permitido por las leyes de servicios públicos de agua y electricidad en general, y expresamente previsto en los contratos hechos por las partes relativos a esos servicios, por entender que vulneraba la dignidad de la persona humana.²⁷

En idéntico sentido, en la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia se ha debilitado el derecho real de hipoteca de los bancos que otorgaban líneas de crédito a empresas constructoras. El STJ, en más de una ocasión, prefirió proteger los intereses del adquirente del inmueble y dictó sentencias que a su entender cumplían dicha finalidad.²⁸ En estos casos, la constructora había obtenido financiamiento bancario para la construcción de un edificio, y había garantizado el préstamo con hipoteca sobre el bien construido, concomitantemente con el compromiso de compra y venta del futuro departamento, al adquirente final (lo que no está prohibido por ley). Así, la constructora recibía recursos del banco y de los adquirentes del inmueble, haciéndose de más capital de trabajo, lo que posibilitaba la construcción.

Los casos que llegaban a la decisión de STJ, se referían situaciones en las que la empresa constructora no cumplía con la devolución del préstamo al banco que financiaba la operación, quien acababa por ejecutar la hipoteca, cosa que –evidentemente y según lo previsto– incidía sobre los inmuebles comprometidos a favor de los adquirentes.

3. El paradigma rival: la función social del contrato a partir de la perspectiva de derecho y economía

Asumiré aquí que el paradigma opuesto al solidarismo en el Derecho Contractual es el punto de vista del Análisis Económico del Derecho (*Law and Economics*), como suele asumirse en los EEUU, donde el debate se plantea entre los adherentes al *Critical Legal Studies* y al *Law and Economics*. Sostengo por un lado que, en tanto asume un individualismo metodológico, el paradigma del *Law and Economics* parte de una noción antagónica a la premisa de la visión paternalista, respecto de lo que el contrato *es* y de lo que el Derecho Contractual (y su función) *debe ser*. Además de esta oposición, el problema que divide a estos dos movimientos es la interpretación de la función social del Derecho Contractual. Desde una perspectiva del *Law and Economics*, el contrato, de hecho (o *como un hecho*), no es un eslabón solidario entre personas viviendo en una sociedad, sino una transacción de mercado en la cual cada parte se comporta de acuerdo a sus intereses, como si estuvieran en un juego armando sus estrategias. De esa forma, como explica la teoría de juegos, una parte solamente cooperará con la otra en la medida en que pueda disfrutar de algún beneficio proporcionado por el juego (a menos que el Derecho Contractual o la moral, entendidos como restricciones, impongan reglas que establezcan lo contrario).

Aunque se pueda –y suele– pensarse así, la existencia de intereses colectivos dignos de tutela en el campo de las relaciones contractuales no es soslayada por la literatura convencional del *Law and Economics*. El bienestar social, en una relación contractual individualizada, sólo puede ser identificado en el marco de la estructura del mercado al que se integra el contrato, o

según la clase de relaciones implicadas en un proceso. Vale decir, la sociedad o la *igualdad* no son representadas por la parte más débil de una relación contractual específica o por un demandante individual en un litigio igualmente individual, sino por la clase o cadena de personas integrantes de un mercado específico. Como dice el Profesor Cooter, comentando un *leading case* en los Estados Unidos:²⁹

Los abogados se preocupan por los casos concretos, mientras que los economistas se preocupan por las estadísticas. Estadísticamente, la protección paternalista a la Sra. Williams (consumidora que interpuso la demanda), por las restricciones legales al crédito, produce costos elevados para los consumidores pobres, considerados como clase (Cooter y Ulen, 2003: 282).

Metafóricamente, el contrato individual es el árbol mientras que el mercado (y el conjunto de interacciones sociales) es el bosque (Lopes, p. 82). En este sentido, en un contrato de financiamiento habitacional la sociedad está representada por la cadena o clase de mutuarios (y mutuarios potenciales), los cuales dependen del cumplimiento del contrato de aquél individuo para alimentar el sistema financiero habitacional, haciendo viable nuevos préstamos a quien los necesite.³⁰ Así, si hay una ruptura en la cadena determinada por incumplimientos contractuales, el grupo (la sociedad) perderá (quedará sin recursos y terminará por pagar un interés más alto). Ello sucederá también porque los bancos no prestan su dinero, sino la moneda que captan en el mercado.

Estas ideas se aplican también a los contratos de seguro. En estas operaciones es necesario generar un gran número de contratos análogos, a fin de formar el fondo colectivo que soportará el interés de todos los participantes, cuya satisfacción y seguridad dependerán en una gran medida de la preservación y del cumplimiento de esta red contractual.

Así, no se puede pensar en intereses sociales en una relación contractual individual y descuidar el ambiente general en que esta relación se celebra, que es indudablemente el mercado.³¹ Eso lo expone claramente Shavell (2004:294):

Se asumirá que, generalmente, el objetivo de los Tribunales es maximizar el bienestar social. Esto significa decir que, no pocas veces, las cortes actúan para promover el bienestar de las partes contratantes (...). Si, al contrario, hay otras partes afectadas por el contrato, entonces se asumirá también el bienestar de ellas, que no participan del pacto, de la misma forma, se asumirá que serán tenidas en consideración por los tribunales.

En este sentido, es necesario reconocer la existencia del mercado como marco en el cual los contratos ocurren. El mercado es un espacio público de interacción social que tiende a situaciones de equilibrio y surge como una institución espontánea, como un *hecho* social (Hayek, 1997). En palabras de Coase (1988:7) los mercados son “instituciones que existen para facilitar el intercambio de bienes y servicios, esto es, existen para que reduzca los costos de emprender dichas transacciones”. Se trata, en síntesis, de una premisa ampliamente aceptada, tanto que hasta la Ley de Defensa de la Competencia brasileña reconoce al mercado como un bien público.³²

Un corolario de lo expuesto es que el mercado no está separado de la sociedad como algunos afirman (Williamson, 1985; Granovetter, 1985; Malloy, 2004), sino que es un conjunto de vinculaciones que se tejen en su seno. En este sentido, como cualquier hecho social, puede ser regulado mediante reglas institucionales formales, especialmente por normas jurídicas, de un modo más o menos eficaz desde el punto de vista social y económico. Por todo esto, no parece atinado afirmar que el mercado sea algo artificialmente garantizado por el ordenamiento jurídico, como sostienen algunos que descreen del origen espontáneo de sus fuerzas.³³

En el marco de esta realidad que es el mercado, las partes contratantes son y deben ser individualistas (por lo menos en contratos empresariales y de consumo, aunque tal vez no pueda decirse lo mismo en convenios vinculados a las relaciones familiares). Cuando se vinculan, las partes intentan —obviamente— concluir el mejor negocio posible para sus intereses. Sobre esta sencilla base, la teoría de los juegos, además de explicar el comportamiento de los contratantes, contribuye al abordaje normativo del Derecho Contractual. Sus conclusiones en este campo se orientan a la necesidad de introducir incentivos

para la cooperación. El resultado (obtener dicha cooperación) tiende a generar un excedente respecto de la situación alternativa, es decir, un resultado positivo que puede dividido entre las partes del contrato.

De acuerdo con la teoría de la negociación, en un juego cooperativo (como lo es un acuerdo privado) las partes decidirán cooperar para asignar el bien o el servicio en cuestión a la parte que más lo valore. Proceder de este modo, permitirá una ganancia de bienestar que podrá ser repartida entre ambas. En los negocios de corto plazo, en ausencia de un sistema jurídico que permita ejecutar las obligaciones convencionales, las partes tenderán a soslayar ciertas consecuencias de sus actitudes (al menos, o principalmente, cuando no existan sanciones informales a sus incumplimientos, como aquellas que impliquen perjuicios a la reputación de quien decida incumplir). En otras palabras, dadas ciertas circunstancias, el incumplimiento de una parte (evidentemente) perjudicará a su contraparte, pero probablemente ese efecto sea soslayado por el incumplidor al decidir entre cumplir o incumplir. Si incumplir es beneficioso y no tiene consecuencias negativas para un contratante, es esperable que actúe de ese modo. No obstante, la potencial contraparte también podrá prever esta estrategia dominante de su contraria y por ello, evitará cerrar el negocio. Frente a este escenario, el Derecho Contractual puede generar incentivos para la cooperación, al asegurarle a la parte que teme verse perjudicada por el incumplimiento de su contraria, que eso no ocurrirá sin consecuencias, y por lo tanto, que podrá tener confianza en el cumplimiento de las obligaciones que aquella asuma (Lee Reed, 2001:441). El Derecho Contractual, en este marco, permitirá que se realicen contratos que en ausencia de Derecho, directamente no se concretarían.

En consecuencia, de acuerdo con estas simples premisas que asume el programa del *Law & Economics*, los bienes y servicios deberán circular de acuerdo a la voluntad de las partes expresada en los contratos, y confluirán hacia la parte que más los valore. Siempre que los individuos tengan intereses diferentes y se comporten de modo suficientemente racional (al menos, en un amplio género de convenios) podrán maximizar su utilidad a través de sus transacciones y ese proceso incrementará la riqueza (y el bienestar) de la sociedad.

La asunción básica de este modelo es que este tipo de organización social no es anárquico, sino que determina el destino eficiente de recursos escasos, en cuanto la interacción entre los individuos tiende a construir espontáneamente una situación de equilibrio general (Cooter y Ulen, 2003:11,40). Así, las transacciones en el mercado se sucederán hasta el punto en que ningún otro destino alternativo de los recursos se muestre viable de acuerdo al análisis del costo-beneficio que hagan, voluntariamente, los implicados o, en otras palabras, hasta el punto en que ninguna parte gane sin que para eso otra tenga que perder (eficiencia de Pareto).³⁴ O por lo menos hasta el punto en el cual lo que gane una de las partes pueda compensar lo que pierda otra, y por encima de dicha pérdida, quede todavía un saldo positivo (Kaldor-Hicks).³⁵ Si se asume racionalidad de las partes, es incorrecto suponer que ellas mismas no irán a negociar con el fin de llegar a la situación de equilibrio (al menos, parece razonable afirmar lo que antecede cuando las partes contratantes son empresas).³⁶

El derecho Contractual (así como el Derecho que rige el dominio y los derechos reales) permite la realización de transacciones que no ocurrirían sin sus reglas, ya que protege las expectativas de las partes y crea obligaciones jurídicas que pueden ser objeto de negociación, dados ciertos requisitos. Si no existiera el Derecho de los contratos (que crea deberes legales protegidos por el Estado), las partes tendrían dificultades para establecer relaciones impersonales (fuera del círculo familiar o de amistades), principalmente de la clase de aquellas que operan a futuro por medio del crédito y aquellas que necesitan de una cadena de relaciones interconectadas, como los préstamos para financiar viviendas y estudios, seguros, planes de salud, etc. (Shavell, 2004:291).

En este sentido, afirman Schwartz y Scott:

La consecuencia jurídica del incumplimiento, en suma, permite a las partes hacer promesas ejecutables, cuando las sanciones a la reputación y las privadamente impuestas no bastan. (...). Sin embargo la ausencia de normas que impongan consecuencias jurídicas ante el incumplimiento y de tribunales idóneos en muchos de estos países (Tercer Mundo), impide a las partes hacer compromisos... (2003:504).

De lo expuesto se puede seguir que la principal función social del Derecho Contractual es posibilitar la celebración de los contratos, favorecer el flujo de las transacciones en el mercado, la asignación de riesgos por los agentes económicos y reforzar el compromiso de los agentes respecto de la realización de acciones futuras. Todo ello, para alcanzar la situación más eficiente, esto es, cuando ambas las partes reciben los máximos beneficios económicos factibles de la negociación y distribuyen el saldo positivo (Schwartz y Scott, 2003:541).

Estas consideraciones aconsejan cautela en la aplicación de la doctrina del *efficient breach*³⁷ en Brasil.³⁸ Esta doctrina puede ser correcta, en términos del *Law & Economics*, para describir el comportamiento de la parte que incumple el contrato, cuando descubre un destino alternativo para los recursos comprometidos que puede compensar los daños causados al otro contratante por su incumplimiento y aún así dejar un saldo positivo. Sin embargo, puede ser una descripción incorrecta del Derecho Contractual la que se limita a lo que éste efectivamente *es* y no lo que *debería ser*, ya que el Derecho contractual también debería (deseablemente) poder evitar la excesiva proliferación de procesos judiciales. Esta afirmación se justifica muy especialmente si tenemos en mira casos como el brasileño, en el cual el Estado subsidia el acceso a la justicia, creando así incentivos para la litigación, lo que se agrava por aplicación de la regla de imposición de costas al vencido y por los problemas de la indebida proliferación de oficinas judiciales.³⁹ La lentitud en la resolución de los conflictos llevados a juicio aumenta los costos de transacción y crea, a su vez, incentivos para el incumplimiento contractual. Es remarcable además que la doctrina del *efficient breach* pone su énfasis en un estado *ex post facto* (después de celebrado el primer contrato, una de las partes advierte la existencia de una oportunidad más beneficiosa para negociar los mismos bienes o servicios ya comprometidos) que permitiría el incumplimiento del contrato precedente. De ser así, luego, habría modestos incentivos para procurar establecer una negociación diligente que concluyera en un contrato de calidad.

En efecto, la falta de consecuencias normativas de la doctrina del *efficient breach* hace difícil evaluar su contribución al Derecho de los contratos. Al

menos, partiendo de un análisis comparativo de los sistemas jurídicos positivos. En caso de que el objetivo de esa doctrina fuera describir el Derecho contractual norteamericano y la eficiencia de sus reglas con relación a los incumplimientos contractuales, entonces, cumpliría sus metas *si sus predicciones se verificaran en la práctica*. En caso de que su objetivo fuera liberar de restricciones morales el incumplimiento contractual, tampoco habría mayores problemas, en cuanto el paradigma del *Law & Economics* no debería sustentar el incumplimiento contractual en bases morales.

Ahora bien, si la doctrina del *efficient breach* tuviera alguna implicancia normativa, ¿cuál sería ésta? ¿Sería sugerir que la parte que incumplió el acuerdo debería ser eximida del pago de una indemnización por los daños que sufre la parte perjudicada? Probablemente no. Esta teoría justifica que la sanción para la parte incumplidora debe ser la indemnización de la parte perjudicada, y no la tutela específica, o sea, el cumplimiento forzado del contrato en especie. Siendo así, la doctrina recomendaría una reforma legislativa en países como Brasil, en los cuales el cumplimiento en especie es la regla para estos casos. El problema que surge en este tipo de litigios es que exigir la tutela específica *es una facultad* de la parte perjudicada por el incumplimiento, pero –al menos en Brasil– el perjudicado *siempre conserva su derecho a ser indemnizado*. En otras palabras: en este sistema se da la *opción* entre ambos remedios contractuales a la parte perjudicada. En el caso brasileño siempre pareciera más adecuado que adoptar una posición general y abstracta, emprender una minuciosa investigación empírica tendiente a explorar si la tutela específica es o no más eficiente que el cumplimiento por equivalente.

Más aún: aunque se entendiera que los aludidos problemas jurídicos son irrelevantes y que se debe evaluar aquella doctrina únicamente en términos teóricos (es decir, frente a opciones mejores el contratante sería libre de incumplir el contrato e indemnizar a la parte perjudicada), todavía persistirían algunos problemas pragmáticos. Primero, en el análisis costo-beneficio se puede considerar la incidencia no sólo de las sanciones jurídicas, sino también de las sanciones informales, como aquellas que afectan la credibilidad y la reputación, que son –sin embargo– muy difíciles de medir y demostrar en

términos económicos.⁴⁰ En segundo lugar, la determinación de la indemnización por incumplimiento sólo podrá ser consecuencia de un proceso judicial, por lo que sólo de un modo ficticio se podrían separar las cuestiones de derecho sustancial, de las procesales. Esa vinculación indica que se deben considerar los aspectos de procedimiento tanto como el derecho de fondo, al momento de la evaluación del *efficient breach*. La necesidad de litigar, luego, previsiblemente incrementará los costos de transacción, lo que se agrava, aún, si se tiene en cuenta que los tribunales no cuentan con información completa respecto de los aspectos relevantes. Incumplir un contrato, en este razonamiento, impondría la carga de pagar tanto el daño emergente, cuanto el lucro cesante, a fin de poner a la parte perjudicada en la posición en que se encontraría en caso de que no hubiera mediado tal incumplimiento. Por fin, si el incumplimiento genera un saldo positivo, susceptible de ser dividido entre las partes del primer contrato ¿No estaría la parte perjudicada, supuestamente racional, propensa a aceptar tal solución voluntariamente? ¿Cuál sería la necesidad de una norma legal que la impusiera coercitivamente?

Estos argumentos contribuyen, al menos, a levantar una fuerte sospecha contra la aplicación de la doctrina del *efficient breach*. Del mismo modo, sugieren una presunción acerca de la eficiencia de las cláusulas penales convenidas por las partes, como medio de evitar una indeseable ingerencia judicial. Pareciera posible sostener que su empleo, según la evidencia empírica, genera incentivos para el cumplimiento del contrato o para la negociación ex-post en caso de incumplimiento, por lo menos en Brasil.⁴¹ Este tipo de instituciones, en definitiva, pareciera evitar crecientes costos de transacción derivados de la determinación de los daños.

Los problemas pragmáticos de la teoría del *efficient breach* se hacen más evidentes cuando se refieren al Derecho Internacional Público. Cuando se argumenta a favor a la doctrina del *efficient breach* en este campo, ¿se podría sostener, dado un tratado de protección de las empresas de un Estado en el territorio del otro (lo que es análogo al mecanismo contractual), que un Estado debería poder incumplir sus contratos con las compañías de su Estado contraparte, en caso de que surgiera una mejor opción?

Para explicar la aplicación en el mundo real de estas relaciones, supongamos que Bolivia y Brasil suscribieron un tratado de esta naturaleza, y que Petrobrás (compañía de petróleo brasileña), posee inversiones en Bolivia. Supongamos, entonces, que la petrolera venezolana PDVSA, ofrece mejores condiciones a Bolivia que Petrobras por la misma explotación. Supongamos que su oferta es de una magnitud tal que permite a Bolivia expropiar los activos de Petrobras, compensarla y aún así, deja un saldo positivo que puede ser dividido entre Bolivia y Petrobrás. Si eso fuera exactamente así ¿por qué no aceptaría la petrolera brasileña esas condiciones de modo voluntario? ¿Por qué sería necesaria la coerción de una expropiación? ¿Y cuál sería la razón por la cual el comercio internacional percibiría ese incumplimiento boliviano de un modo negativo?

Otro aspecto interesante se plantea con relación a las relaciones contractuales de larga duración. En este tipo de relaciones, en las que ambas partes asumen deberes de cumplimiento sucesivo, la cooperación entre las mismas tiende a ser espontánea (Cooter y Ulen, 2003:75). En estos casos, la función del Derecho Contractual sería la de no bloquear la fluidez de la relación. Esa finalidad se cumpliría mediante el reconocimiento de las prácticas de las partes, de los usos y costumbres del comercio y de emplear la buena fe como un estándar razonable de comportamiento (una especie de *Lex mercatoria*). Todo ello evitaría el dispendio de suscribir convenios con un grado de detalle excesivo, lo que resultaría un costo prohibitivo. En contratos claramente (y altamente) incompletos como suelen ser los de esta clase, el papel del juzgador sería el de completar el conjunto de cláusulas que componen el contrato, de acuerdo a su contexto, sus usos y costumbres, y no según alguna idea arbitraria del magistrado.

Por ello, el crecimiento del arbitraje en Brasil –que ocupa el cuarto puesto en número de arbitrajes en la Corte Internacional de Arbitraje (2006)– no es una sorpresa. Según la evidencia empírica, dada su especialización en el tema los árbitros parecen mejor preparados para la función de completar contratos complejos, en contraste con los magistrados, abrumados por una gran cantidad de pleitos de clases muy diversas (Dezalay et al. 1994:407).

Puede concluirse entonces que, cuando se estudia el problema a la luz del análisis económico, se observa que el modelo paternalista del Derecho Contractual no resulta idóneo para alcanzar su propósito de favorecer el bienestar en la sociedad, toda vez que sus directivas pueden beneficiar aleatoriamente a algunos individuos pero proporcionalmente suelen perjudicar a muchos más. La intensificación de la protección legal de una de las partes (locatarios, por ejemplo) trae con ella, generalmente, un aumento general de los costos del mercado (del mercado de locaciones, en el caso), que acaban siendo trasladados a los sujetos que componen la demanda. Aunque se considere que no todos los costos pueden trasladarse, eso tampoco significa un aumento de eficiencia (mejora del bienestar agregado de los componentes de la sociedad). Este es el motivo por el cual, generalmente, los objetivos de justicia redistributiva van en contra de los propósitos de eficiencia, en el Derecho de los contratos.⁴²

Supongamos, por ejemplo, que la ley determine que los automóviles podrán salir a la venta únicamente si están equipados con *i-pods* y *air-bags*, para felicidad y seguridad de los compradores. Naturalmente, los costos de estos equipos serán trasladados a los compradores, en mayor o menor extensión. Semejante medida tenderá, por lo tanto, a aumentar el precio de los automóviles, lo que puede excluir a muchos compradores del mercado que no podrán acceder a un vehículo a ese nivel de precios. La consecuencia, evidente de una medida tal, sería un estado de cosas con muchas personas sin automóviles y pocas que paguen mucho por obtenerlos. Más aún: en el extremo, podría darse hasta la propia extinción, por quiebra, de algunos proveedores. En estas condiciones, la sociedad podría resultar claramente perjudicada, en cuanto muchos quedarán sin acceso al bien en cuestión, sin ninguna compensación que exceda tal perjuicio (eficiencia Pareto superior o Kaldor-Hicks).

Otro aspecto digno de destacar, es que el efecto redistributivo es problemático, porque puede ser aleatorio y tal vez redistribuir riqueza *a partir de los otros compradores y locatarios* y no, necesariamente, del segmento más rico (por hipótesis, supongamos que lo es, por ejemplo, la clase de los vendedores o locadores).

Un corolario de esta afirmación es que la intervención judicial en favor de la parte más débil puede resultar fuente de externalidades negativas. Ello ocurre cuando un contratante individual no paga totalmente (no *internaliza*) por el beneficio que le proporciona la negociación, sino que parte del beneficio que recibe del contrato, resulta de una intervención *ex post* del Estado y no encuentra un correlato en la prestación a su cargo. Ello ocurrió, por ejemplo, en los contratos bancarios que revisó el Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul, en los que redujo la tasa de interés pactada a un 12% (por aplicación de la Ley de la Usura).⁴³ De este modo, cada contratante individual beneficiado con una sentencia de esa clase externalizó costos hacia los demás deudores, lo que dio por resultado una situación socialmente ineficiente (Talley, 1994:1215) El mismo tipo de efectos puede darse en los contratos de seguro, en aquellos casos en los cuales el tribunal fuerza a la compañía aseguradora a cubrir un evento que no fue previsto en la póliza, como ocurrió en el caso del huracán Katrina, en *Louisiana Circuit Court*.⁴⁴ Lo propio se puede observar en los ya mencionados casos de contratos de abastecimiento de agua y energía eléctrica, en los cuales los tribunales declaran inaplicable el corte del servicio.

Adicionalmente, en la práctica este tipo de medidas suele generar nuevos costos de transacción y deja otros obstáculos que traban las transacciones sin resolver. La consecuencia obvia es alejan a las partes –aún más– de la situación eficiente. Al incrementar los costos de transacción, el Derecho contractual paternalista tiende, simplemente, a excluir algunas prácticas del mercado, lo que puede contribuir a una verdadera pérdida de riqueza en la sociedad.

Además, este tipo de intervenciones alientan ciertos comportamientos oportunistas al permitir que los individuos que resultan protegidos por catalogárselos de “parte débil”, reciban los beneficios del contrato y retengan toda o parte de su contraprestación correlativa. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el tribunal decide que la tasa de interés en los contratos de financiamiento privado debe ser inferior a aquella que se paga por los títulos del gobierno (que se considera de riesgo cero),⁴⁵ cuando se fuerza a una compañía de seguros a cubrir una cirugía o un tratamiento no previsto por la póliza,

o cuando se suspende o prohíbe el corte del abastecimiento de energía eléctrica o agua corriente. En esos casos no se crea valor, no se divide ningún saldo positivo entre las partes, sino simplemente se permite que uno de los contratantes se quede con todos los beneficios y, en consecuencia, se crean incentivos para que los costos que sufre la contraparte sean trasladados a terceros a la relación individual en cuestión.⁴⁶

Más interesantes resultan algunas decisiones emanadas del Superior Tribunal de Justicia de Brasil años atrás, que dividían entre las partes contratantes el aumento inesperado del dólar en 1999. Las mismas se referían por ejemplo a contratos de *leasing* de automóviles que preveían un reajuste de las prestaciones vinculado a la cotización de la moneda norteamericana. Es sabido que, debido a la política gubernamental, la moneda brasileña (el Real) sufrió por entonces una desvalorización y los montos a pagar por el *leasing* a cargo de los consumidores subieron más de 150%. El STJ dividió el incremento de la moneda norteamericana entre los litigantes. Este tipo de *leasing*, consecuentemente, desapareció del mercado.

Obviamente, con lo expuesto hasta aquí no pretendo sostener que todos los contratos sean completos y que, para perseguir la eficiencia, los tribunales deban hacerlos cumplir literalmente.⁴⁷ Al contrario, lo que intento sugerir es que los tribunales deberían evitar la interpretación discrecional de las cláusulas de un contrato libremente concluido, invocando para ello términos tan genéricos como la *justicia social* y la *función social*, entendidos ambos como confluyendo hacia alguna *justicia distributiva*. Mi sugerencia es que no deberían actuar así sin tomar en cuenta las consecuencias de una cadena de eventos en la que incide su decisión. Los tribunales no disponen de estadísticas idóneas para saber quien se está realmente beneficiando y quien se está perjudicando con sus decisiones. Como lo he señalado, aunque la convergencia entre *justicia redistributiva* y *eficiencia* en el campo contractual no sea imposible, la baja probabilidad de que los tribunales puedan adoptar la medida correcta para satisfacer ambos objetivos en cada caso concreto determina una muy fuerte presunción a favor del respeto del *pacta sunt servanda* como mejor posibilidad, entre las factibles. El sistema tributario, por su parte, sería, presumiblemente, más eficiente para redistribuir la riqueza producida en la sociedad, en tanto

y en cuanto se cumplan los derechos emergentes de los contratos y, en general, los derechos de propiedad (Shavell y Kaplow, 1994:667).

El próximo punto a discutir es si el mercado siempre funciona adecuada y eficientemente. Y la respuesta para esta cuestión es, claramente, negativa. En el mundo real, a veces las compañías se comportan inadecuadamente y generan externalidades (v.g., prácticas nocivas al medio ambiente y a la competencia). Este género de situaciones sugiere, de modo más general, que resulta deseable la intervención estatal ante la existencia de fallas del mercado (básicamente, cuando se dan costos de transacción, abuso de poder económico, asimetría de información o externalidades), en cuanto su presencia determina que la negociación voluntaria no siempre arribará a la solución socialmente eficiente.

En estos casos se pone en juego una función social secundaria del Derecho Contractual, que consiste, en resumidas cuentas en corregir las fallas del mercado, a fin de permitir que las partes alcancen la máxima utilidad factible (e incrementen consiguientemente la riqueza social). En otras palabras, el Derecho incide para hacer del contrato lo que debería haber sido en ausencia de dichas fallas. En estas condiciones, el Derecho pasaría a velar por la estructura del mercado y del ambiente en el cual se celebran los contratos; y no por la distribución del saldo positivo generado, para lo cual basta estructurar una regulación que evite el abuso de poder económico y garantice la divulgación de la información relevante (sobre productos, acciones, compañías, etc.)⁴⁸.

Como enseña Coase, cuando los mercados son imperfectos se observan altos costos de transacción (costos en los que deben incurrir las partes para hallar con quien contratar, para negociar con sus contrapartes, para hacer cumplir el contrato, e incluso para proteger los activos de cada parte relacionados con la contratación). La función del Derecho Privado (especialmente del Derecho Contractual) es reducir tales costos para facilitar las transacciones. En este sentido se puede afirmar (al menos desde el punto de vista económico) que mientras mejores sean las instituciones, más desarrollado será el mercado y ello será debido a los bajos costos de transacción implicados (Williamson, 1985; North, 1990).

Dado que en el mundo real existen costos de transacción, las reglas jurídicas afectan la distribución eficiente de los recursos en la sociedad. El Derecho Contractual, en consecuencia, no debe crear obstáculos que impidan aquella modalidad de negociación (o sea, la cooperación) que daría por resultado la distribución eficiente de riqueza, derivada de meros acuerdos voluntarios. En otras palabras:

Algunos costos de transacción son endógenos al sistema jurídico, en el sentido de que las reglas jurídicas pueden reducir los obstáculos a la negociación entre las partes. El Teorema de Coase postula que el Derecho puede incentivar la negociación, a través de la disminución de los costos de transacción. La disminución de los costos de transacción lubrica la negociación. (...) Podemos formalizar este principio como el teorema normativo de Coase: *Estructure la ley de manera tal de remover los impedimentos a los acuerdos privados.* (...) Se asume que los intercambios privados pueden asignar eficientemente los derechos. (...) además de incentivar la negociación, el sistema jurídico intenta minimizar los desajustes y las fallas en la cooperación, que son costosas para la sociedad. (...) *Estructure la ley de manera tal de minimizar el daño causado por las fallas en los acuerdos privados* (Cooter y Ulen, 2003:93ss, mi cursiva).

El análisis económico proporciona herramientas cuantitativas para estudiar y promover esta función social del Derecho Contractual.

Para ejemplificar este argumento, puede traerse a colación la investigación llevada a cabo por el Instituto Pensa de la Universidad de San Pablo (2005) para el caso de la “soja verde”.⁴⁹ La misma comprobó, empíricamente, que la revisión judicial de contratos agrarios en el departamento de Goiás dificultó el financiamiento de la cosecha del año siguiente para los agricultores de aquella localidad, y demostró que el beneficio que recibieron aquellos que interpusieron acciones judiciales fue excedido por el perjuicio sufrido por el resto de la sociedad que actuaba en aquel mercado.

La situación que motivó el estudio fue que algunos cultivos, como la soja, eran financiados en muchos casos con capital de los consignatarios (*traders*) quienes compraban y pagaban anticipadamente la producción a los agricultores,

quienes obtenían, así, el capital necesario para emprender la siembra. Al año siguiente los agricultores –que ya habían percibido el precio de sus cereales– entregaban el producto cosechado al consignatario-comprador.

En estas condiciones se dio un inesperado incremento en el precio de la soja, y algunos productores interpusieron acciones de revisión judicial de los contratos, alegando imprevisibilidad, enriquecimiento injustificado o función social del contrato, a fin de ser relevados de cumplir lo pactado (entregar el cereal cosechado al precio percibido con anticipación al incremento). Estas demandas fueron rechazadas en primera instancia. No obstante, el Tribunal de Justicia del Departamento de Goiás, en la instancia de apelación hizo lugar a los reclamos: basado en la función social del contrato, revisó los pactos y desobligó a los productores.⁵⁰

La consecuencia colectiva o social de la decisión judicial fue que todos los agricultores que no habían interpuesto acciones judiciales sufrieron perjuicios importantes, pues los *traders* de la región desistieron de continuar con la modalidad de compra anticipada del producto, ante el flagrante riesgo de perjuicio. Los *traders* asumieron, en síntesis, que si el precio de la soja al año siguiente era inferior al pagado anticipadamente cargarían con la pérdida, y si fuera más elevado, los productores iniciarían acciones legales para no cumplir el contrato.

El Superior Tribunal de Justicia (cuya competencia se asemeja a la de la Suprema Corte de los Estados Unidos, en materia infra-constitucional) revirtió las decisiones del Tribunal de Goiás valiéndose, sorprendentemente, de argumentos económicos:

La función social atribuida al contrato no puede desconsiderar su papel primario y natural, que es el económico. Al asegurar la venta de su cosecha futura, es de esperarse que el productor incluya en sus cálculos todos los costos en los cuales podrá incurrir, tanto los derivados de los propios términos del contrato, como aquellos derivados de las condiciones de la labranza.⁵¹

El mismo STJ revirtió todas las decisiones emitidas por el Tribunal de Justicia del Río Grande do Sul que habían limitado la tasa de interés en los

contratos de financiamiento bancario (préstamos, habitación etc.), valiéndose de argumentos de la misma naturaleza:

Quid, en relación al argumento, de naturaleza económica, de que en una coyuntura de inflación mensual próxima a cero, ¿Los intereses que excedan el 1% al mes son abusivos? ...no hay en esta afirmación racionalidad alguna, mucho menos de carácter económico. En cualquier actividad comercial o industrial, el precio de la venta del producto no puede ser menor que el respectivo costo. (...) la tasa de interés está enteramente desvinculada de la inflación. La inflación es baja, pero el costo del dinero es alto (...) y no puede ser reducido judicialmente. Se trata de la política económica, dictada por un *acto de gobierno*, ajeno al control judicial.⁵²

Recientemente, el STJ revocó decisiones de los tribunales departamentales que prohibían a las compañías concesionarias del servicio de abastecimiento de agua y energía eléctrica el corte del abastecimiento de estos servicios. En el caso del abastecimiento del agua, el Presidente del STJ usó argumentos consecuencialistas para permitir la interrupción del servicio a los consumidores incumplidores:

Lo cierto es que la lectura de los autos demuestra el agravamiento del cuadro de incumplimiento que afecta la concesionaria y la nociva repercusión del contexto sobre la salud financiera de la empresa, lo que puede llevar, incluso, al colapso del abastecimiento de agua del Municipio. De esta forma, no se muestra razonable la prohibición de la interrupción del abastecimiento de agua para aquellos consumidores que, aún después de notificados, permanecen incumplidores (...).⁵³

Existen, todavía, interesantes decisiones judiciales que aún sin apelar al instrumental del análisis económico, intuitivamente percibieron esa noción de *función social* del contrato en un ambiente de mercado, como en los casos en los cuales se discutió la posibilidad de que un Tribunal Regional Federal limitara la tasa de interés en los contratos de financiamiento inmobiliario:

Admitir la legalidad del procedimiento pretendido por los requirentes (revisión contractual de contrato de financiamiento inmobiliario) implicaría el surgimiento de peligroso precedente con serias consecuencias para todo el complejo y rígido sistema de financiamiento habitacional, cuya estructura y mecanismo de funcionamiento fue bien expuesta por Caio Tácito (...): ‘además, los contratos inmobiliarios son en el caso, parte integrante de un todo interconectado, de un sistema global de financiamiento que tiene como otra fase la manutención de la estabilidad de sus fuentes de alimentación financiera (...)’.⁵⁴

Pero además de los costos de transacción, existen otras imperfecciones en los mercados reales: puede haber problemas en la estructura de la competencia a causa de la gran concentración del poder económico (como ocurre con los monopolios y los oligopolios), con perjuicio para la libre competencia y la libre iniciativa; puede haber problemas de asimetría de información; puede haber, también, externalidades, como en algunos casos ya comentados, entre otras de aquellas fallas (Cooter y Ulen, 2003).

Para el primero de los problemas mencionados, existe en Brasil el llamado Derecho *Antitrust* –Ley 8.884/94– que vela por de la estructura del mercado y busca combatir el abuso del poder económico. En cumplimiento de esa finalidad se creó la agencia brasileña de regulación de la competencia: el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE). Si se controla el poder económico que pueda razonablemente afectar el mercado –a través de la prohibición de abuso de posición dominante y de acuerdos entre competidores, como los carteles–, se estaría controlando indirectamente el desequilibrio de poder entre los contratantes (Forgioni, 1998).

Para corregir el problema de asimetría de información, existe en Brasil el Código de Defensa del Consumidor (Ley 8.078/90), que garantiza en su art. 6º el más amplio derecho a la información acerca de los productos y servicios que se negocien en el mercado. Su omisión, entre otras consecuencias, puede hacer incurrir al proveedor en responsabilidad objetiva por los daños derivados de tal conducta.

Cuando se comprende su funcionamiento, se advierte que el Derecho del Consumidor y el Derecho de la Competencia se complementan en la

regulación del mercado (Marques, 1995:27). Existen también otras agencias de regulación. La Comisión de Valores Mobiliarios (CVM, equivalente a la SEC, en los Estados Unidos), por ejemplo, tiene a su cargo la regulación del mercado accionario. Su misión principal, luego, consiste en lidiar con los problemas de asimetría de información en el mercado de valores mobiliarios. En términos más generales, el Código Civil brasileño introduce en su artículo 422 el principio de buena fe, que puede y suele ser invocado por los tribunales con el objetivo de exigir la divulgación de información, también, en los contratos empresariales.

El problema de las externalidades que ciertos contratos proyectan a terceros suele ser objeto prioritario de la legislación *antitrust* y de la regulación ambiental. El Derecho Contractual, no obstante –deseablemente– debe estar preparado para coordinarse adecuadamente con tales cuerpos de normas.

Frente al amplio grupo de cuestiones que tratan los párrafos precedentes y en la misma línea de razonamiento queda entonces por preguntarse qué puede ofrecer el Derecho Contractual al mercado y cuál es su función social.⁵⁵

Las conclusiones al respecto podrían resumirse en pocas líneas, a saber:

- a. Ofrecer un marco regulatorio previsible y dotarlo de protección jurídica;
- b. Minimizar problemas de comunicación entre las partes;
- c. Salvaguardar los activos de cada uno de los agentes;
- d. Generar protección contra el comportamiento oportunista;
- e. Instaurar mecanismos de resarcimiento y de distribución de riesgo;
- f. Facilitar la interacción con el Derecho *Antitrust*, la regulación del mercado accionario, la protección ambiental y la defensa del consumidor.

En síntesis, el Derecho Contractual confiere seguridad y previsibilidad a las operaciones económicas y sociales, al proteger las expectativas de los agentes económicos. Esas funciones le asignan un importantísimo papel institucional y social. Eso no significa que no existan otros objetivos valiosos a perseguir, sino que el Derecho Contractual no es una herramienta igualmente idónea para todos los fines. A los efectos de la distribución de la riqueza, por el ejemplo, el sistema tributario suele ser una herramienta más eficaz y eficiente que el Derecho de los contratos.

Conclusión

En las secciones anteriores primero procuré describir la posición de la doctrina y jurisprudencia brasileña mayoritarias en relación al polémico art. 421 del Código Civil. La misma, como quedó expuesto, limita la libertad contractual de las partes y se basa para ello en la función social de los contratos.

Luego intenté exponer de qué manera la mayoría de los juristas en Brasil tiende a considerar el art. 421 como una manifestación de la *publicación* del Derecho Privado operada por virtud de la Constitución del Brasil. El criterio de los argumentos de quienes proceden de ese modo sería la justicia social, que buscaría beneficiar a los menos favorecidos. Este argumento ha sido utilizado para justificar la posición de algunos tribunales del país favorables a la revisión de los contratos. Quienes lo sostienen, entienden que el juez (el Estado) puede y debe interferir en el acuerdo celebrado entre las partes para anular ciertas cláusulas y dar lugar a derechos y obligaciones no previstos por las partes, ya que el contrato no sería un espacio de libertad sino de opresión. Esta situación erigiría al juez en responsable de reequilibrar las fuerzas entre los contratantes.

En este artículo, por el contrario, me propuse defender la idea de que el análisis económico del Derecho puede ser empleado para explicar la función social del contrato en un ambiente de mercado. Esa perspectiva permite considerar no *la parte más débil* de un contrato individual, sino la *totalidad de las personas* que efectiva o potencialmente integran un determinado mercado de bienes y servicios. Concluí además, que el análisis económico del Derecho en el ámbito de los contratos resulta un instrumento idóneo para lograr un entendimiento más refinado de ciertas cuestiones, como por ejemplo el problema de las externalidades que el contrato puede proyectar sobre terceros. En este aspecto, el derecho contractual puede incidir para reducir los perjuicios y, consecuentemente, incrementar los beneficios sociales.

Mi conclusión final es que existe una discrepancia entre el contrato (como hecho) y el Derecho Contractual (el conjunto de reglas y principios que apuntan a aquel fenómeno). Los contratos son instrumentos para la circulación de bienes y servicios en la sociedad. Esa es su función social. Por su parte,

el Derecho Contractual aplicado a la resolución de los problemas generados por la imperfección de los mercados, tiene otras funciones según ya he señalado en las conclusiones de la sección anterior, pero entre ellas no se cuenta la redistribución de riqueza para corregir las desigualdades sociales.

NOTAS

- 1 El nuevo Código Civil brasileño de 2002 introduce al menos cinco nuevas instituciones regulatorias en el campo contractual: 1) prevé la posibilidad de anular del contrato en caso de manifiesta desproporción entre las prestaciones asumidas por cada una de las partes, derivada de la necesidad o inexperiencia de uno de los contratantes; 2) protege a una de las partes contra el abuso del derecho de rescindir o resolver un contrato, ejercido por la otra parte, en caso de un incumplimiento que no alcance significación suficiente; 3) incorpora la buena fe; 4) instaura la protección de la parte no predisponente en los contratos de adhesión; 5) declara la función social de los contratos
- 2 Según Kronnam (1983) existen, por lo menos, tres tipos de paternalismo. El tipo aquí considerado se refiere a la protección de la parte más débil, contra su propia voluntad, por medio de normas imperativas que buscan readecuar el desnivel de poder entre los contratantes, como se constata, por ejemplo, en los contratos de alquiler.
- 3 La Constitución de 1988 creó el Superior Tribunal de Justicia (STJ) como última instancia de las leyes infra constitucionales, dejando para el Supremo Tribunal Federal (STF) el control de constitucionalidad. Es función del STJ armonizar la interpretación de la legislación federal entre los Tribunales regionales Federales y los Tribunales de Justicia, al pronunciarse sobre ésta. Al diferencia de lo que ocurre en los EE.UU., los tribunales federales no ejercen jurisdicción sobre cualquier cuestión, sino que entienden solamente en las que se refieren a los intereses de la Unión Federal tales como tributos federales, responsabilidad civil de la Unión, etc. Los Tribunales de Justicia, con sus sedes en las capitales de los Departamentos, tienen competencia residual y generalmente aplican las leyes federales, como los Códigos, en los casos que juzgan.
- 4 El presente estudio abarca solamente el Derecho Contractual en el nuevo Código Civil, excluyéndose el Derecho del Trabajo y el Derecho del Consumidor, que son regulados por distintos cuerpos de leyes. El Código Civil es residualmente aplicable a estas legislaciones específicas.
- 5 De acuerdo a Roppo (1988:10-11) los contratos son la vestimenta jurídica de una transacción económica desnuda.
- 6 Por esa misma razón, el Derecho de los contratos en el Derecho Romano era más complejo y desarrollado que el Código de Hammurabi, pues fue elaborado para tratar con más transacciones que en el Oriente Medio antiguo, y era mucho más desarrollado que las costumbres de las tribus germánicas (francos, sajones, lombardos, visigodos, etc.). De la misma manera,

- el desarrollo del Derecho contractual romano siguió las necesidades contractuales en el Imperio, cambiando de contratos excesivamente formales a contratos orales, como acuerdos de prestaciones de servicio, alquiler, compra y venta. Ver Kaser, 1999; Kunkel, 1973, y Schultz, 1951.
- 7 Para la intersección entre el Derecho y Economía, ver Posner, 1990 y 2003.
 - 8 Dumont (1983:263): “Ideologías son un cuerpo de ideas y valores compartidos en una sociedad conforme a su representación en el pensamiento expreso de algunos autores y que se podría exponer por tipos de ideas” (mi traducción). En adelante todas las referencias en español de fuentes en inglés son traducciones mías, excepto indicación en contrario.
 - 9 En este punto es interesante la obra de Dezalay & Garth (2004:615;1995:27), en lo que se refiere a la globalización y a la dominación de escritorios de abogados norteamericanos en el Derecho Comercial Internacional. En Brasil, véase Engelmann, 2005.
 - 10 Evito aquí la discusión sobre si, en última instancia, las doctrinas son de hecho ciencia o no, en razón de la falta de objeto o de leyes para respaldarlas. Voy a asumir que el derecho es una ciencia normativa, tal como fue propuesto por Kelsen en 1967. En caso de que haya algún lector que tenga cualquier problema en aceptar esto, el uso de bastardillas en la palabra ciencia puede hacerlo más fácil.
 - 11 Se trata de un neologismo que he creado con el propósito de separar las ciencias normativas, como es el Derecho, de las ciencias descriptivas, como es la Economía, la Política y la Sociología. Hay quienes no creen que el derecho sea una Ciencia, otros no creen que las Ciencias Humanas sean descriptivas. Tal discusión no es relevante para este ensayo.
 - 12 Eso es tan verdadero que en cualquier gran tradición jurídica es posible obtener un título de postgrado en Derecho sin tener que estudiar metodología científica en profundidad.
 - 13 Obviamente, el contrato puede tener un significado vulgar y un significado jurídico; este, cuando la transacción (hecho) reúne los requisitos legales definidos por el Derecho Contractual (Roppo, 2001:10-11). También se puede encontrar tal distinción en la doctrina norteamericana de Derecho Contractual, en Kronman, quien define el contrato como “el grupo de reglas jurídicas que reglan el proceso de intercambios privados” (1980: 472). En la literatura de Derecho y Economía, el Profesor Shavell (2004:322) también parece admitir esta diferencia.
 - 14 En la Edad Media, glosadores *vs.* post-glosadores y *vs.* humanistas; en la modernidad, *more gallicus vs. more geometricus*; en la Alemania del siglo XIX, jurisprudencia de conceptos *vs.* jurisprudencia de intereses, etc.
 - 15 El Derecho Contractual clásico es aquél que tiene el foco en la libertad de elección (de acuerdo con la voluntad de las partes) y en el principio del *pacta sunt servanda*, desarrollado en el siglo XIX por los tribunales en el sistema del *Common Law*, y por juristas en el sistema del *Civil Law* (David, 1995; Lopes, 2000; Hespanha, 1997).
 - 16 Para una comparación detallada en este punto entre *civil law* y *common law*, ver Scalise (2007:721).
 - 17 Lo que el Prof. Eisenberg (2001:1) llama modelo estático de derecho contractual.
 - 18 Empleo esta calificación porque fueron encontrados cuatro artículos con posiciones más o menos diferentes de los demás: Azevedo, 1998; Amaral, 2003; Rodrigues Jr., 2004 y Leonardo, 2005.

- 19 Se citan apenas las principales obras, con el objetivo de evitar una lista muy extensa: Wald, 2003; Nery, 2004; Da Silva, 2003; Penteadó Jr., 2003; Gogliano, 2005; Martins-Costa, 2005; Pacheco, 2003; Santos, 2003; Wambier, 2005; Theodoro de Mello, 2002. Un punto de vista diferente, pero prácticamente con los mismos resultados, es el de Salomão Filho, 2004. Este último autor ve en la función social del contrato la integración de los intereses difusos y colectivos (la llamada teoría institucionalista). Publicaciones anteriores ya anunciaban este modelo de contrato social: ver Macedo, 1999; Lobo, 1986; Grau, 2001, Martins-Costa, 1992; Amaral Neto. En el derecho comparado, cf. Gilmore, y Atiyah, 1979.
- 20 Esta es también la opinión expresa en los principales manuales y tratados, tales como las obras de Theodoro Jr., 2003; Pereira, 2004; Diniz, 2006; Gomes, 2007.
- 21 Las siguientes palabras ilustran bien estas creencias: “El principio de la función social, acogido expresamente por el Código Civil, constituyó, en términos generales, la expresión de la socialización del Derecho Privado, proyectando en sus cuerpos normativos y en las distintas disciplinas jurídicas la directriz de la solidaridad social (CF/1988, art. 3º, III, in fine). (...) el principio de la función social, (...) indica un camino a seguir, opuesto al del individualismo predatorio” (Martins-Costa, p. 41).
- 22 Engelmann, 2007. En Europa, el debate sobre el paternalismo en el Derecho Contractual sigue abierto, como evidencia el estudio de Caruso, 2007. Para la misma discusión en Alemania, ver Canaris, 1971; en Italia, Perlingieri, 1994; y en Francia, Jamin, 2001.
- 23 Es lo que se asevera al señalarse: “Estos son los puntos más importantes: primero, los motivos distributivistas y paternalistas ejercen un papel central en la explicación de las normas del sistema del contrato y de la responsabilidad contractual en términos de los pactos. (...) Tercero, la noción por la cual la intervención paternalista puede ser justificada solamente por la incapacidad de la persona a quien el Estado está intentando proteger es equivocada – la base del paternalismo es empatía y amor (...)” (Kennedy 1982:563).
- 24 Los magistrados en Brasil no son designados directamente por el poder político. La selección se realiza por medio de concurso público (entre graduados en Derecho), como ocurre en muchos países europeos.
- 25 TJRS, 15ª Câm. Cív., ApCív 70.011.602.091, rel. Otávio Augusto de Freitas Barcellos, j. 08.06.2005.
- 26 TJRS, 9ª Câm. Cív., ApCív 70.010.372.027, rel. Luís Augusto Coelho Braga, j. 10.08.2005.
- 27 TJRS, 1ª Câm. Especial Cív., Ap e Reexame Necessário 70.005.790.837, rel. Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, j. 25.11.2003.
- 28 STJ, 4ª T., REsp 187.940-SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., j. 18.02.1999 e 3ª T., REsp 316.640-PR, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.05.2004.
- 29 Williams vs. Walker-Thomas Furniture Co., 350 F2d 445 (DC Cir. 1965). La Corte decidió que es abusiva la cláusula permitiendo la utilización de la garantía cruzada en diferentes contratos de ejecución diferida, firmados entre el consumidor y el proveedor, significando que diferentes productos comprados en períodos distintos, parceladamente, se harían útiles como garantía para cualquier incumplimiento de cualquier prestación de cualquier contrato firmado con el proveedor. Ver el *Uniform Commercial Code*, pp. 2-302 y el *Restatement (Second) of Contracts*, par. 208.

- 30 Con lo que parece concordar Leonardo (2005:100).
- 31 “(...) el mercado es largamente aceptado como una herramienta, no como un enemigo del desarrollo económico y social” (Trebilcock, 1993:268).
- 32 Ley 8.884/94, art. 1º: “Esta ley dispone sobre la prevención y a la represión a las infracciones contra el orden económico, orientada por los preceptos constitucionales de libertad y de iniciativa, libre concurrencia, función social de la propiedad, defensa de los consumidores y represión al abuso del poder económico. Párrafo único: La colectividad es la titular de los bienes jurídicos protegidos por esta ley.”
- 33 Irti (1999; 1995). En la doctrina norteamericana, la idea de que la ley crea el mercado aparece en Sustain (1997:384).
- 34 “Se dice que una situación específica es Pareto eficiente si es imposible modificarla de modo de mejorar la posición de al menos una persona (conforme su evaluación) sin por ello empeorar la posición de otra (también conforme su evaluación)” (Cooter y Ulen, 2003:12). De acuerdo al modelo, cada parte tendría poder de veto para bloquear las situaciones en las cuales se sienta en posición disconforme (Op. cit., p. 44).
- 35 “En cambio, el criterio Pareto superior permite la ocurrencia de cambios en las situaciones en que haya ganadores y perdedores, pero requiere que lo ganado por los que ganaron sea mayor que la pérdida de los que perdieron. Una vez satisfecha esta condición, los ganadores podrán, en principio, compensar los perdedores y, todavía así, beneficiarse de un saldo positivo” (Op. cit., p. 44).
- 36 Según Shavell (2004:293) un “contrato es considerado recíprocamente benéfico o, en el lenguaje económico, Pareto eficiente, si no puede ser modificado a no ser para aumentar el bienestar – la utilidad esperada – de cada una de las partes. Asumiríamos que los contratos tienden a ser recíprocamente benéficos: si el contrato pudiera ser modificado de modo de que la modificación elevara la utilidad esperada de cada parte, consideraríamos que la modificación podría ocurrir”.
- 37 *Efficient breach* significa que uno de los contratantes podrá incumplir intencionalmente el contrato en caso de que aparezca una segunda mejor opción, y que la parte incumplidora podría compensar al otro contratante y todavía generar un saldo positivo (Pareto eficiente). Ver Ulen (1984:341): “el principal avance fue el reconocimiento, por parte de los economistas, de que existe la circunstancia de que un contratante podrá mejorar su posición sin que, en contrapartida, el otro sufra una pérdida, siendo que un contratante incumpliría el contrato en vez de cumplir la promesa pactada. La ley, se argumenta, no deberá constreñir el cumplimiento en las situaciones en que la quiebra genera un resultado Pareto superior”. Ver también Craswell (1988:629) y Posner (2007:439).
- 38 Scalise Jr. (2007:721). Jurídicamente sería impracticable el uso de la doctrina del *efficient breach* en Brasil, ya que la solución legal en las situaciones de quiebra contractual es la tutela específica, al contrario del Derecho Contractual norteamericano en el que la solución estándar es el pago de las pérdidas y daños. La doctrina del *efficient breach* interpreta que la mejor solución para la quiebra contractual es la indemnización y no la tutela específica, porque ésta forzaría a la parte a cumplir el contrato y no a pagar pérdidas y daños.

- 39 Para una visión general acerca de la situación en América Latina, ver Buscaglia, 1997. Para una más minuciosa y precisa evaluación del Poder Judicial brasileño, ver Banco Mundial, 1999. Para indicadores estadísticos del Poder Judicial en Brasil, ver Consejo Nacional de Justicia, 2005.
- 40 Asumiendo que existen otras sanciones además de las no jurídicas como consecuencia del quiebre contractual, ver Schwartz y Scott (2003:542).
- 41 En este mismo sentido, ver Dogde (1999:629); en sentido opuesto, Talley (1994:1195).
- 42 Bajo situaciones específicas que los tribunales no estarían preparados para resolver, los modelos económicos pueden evidenciar la convergencia entre eficiencia y redistribución en el campo del Derecho Contractual. Ver Ackerman (1971:1093) y Craswell (1991:361).
- 43 Eric Posner (1995) sostiene que las leyes de usura son eficientes para mantener a los bancos fuera del mercado de préstamos para la población de ingresos bajos (y protegerlos así del riesgo de incobrabilidad). Pero el argumento de Posner podría no aplicarse a este caso, toda vez que las personas protegidas por el Poder Judicial no vivían (por lo menos directamente) a costa del sistema social.
- 44 *In re Katrina canal breaches consolidated litigation in 466 F. Supp. 2d 729*. En este caso la Corte falló a favor del asegurado que intentó recuperar sus pérdidas por la inundación ocurrida al romperse los diques que protegían a Nueva Orleans, a pesar de que ello no se preveía en la póliza de seguro. Para una discusión detallada, ver Andrews et al. Curiosamente, el 5º Circuito de Mississippi concluyó lo opuesto en el caso *Paul Leonard and Julie Leonard vs. Nationwide Mutual Insurance Co* (499 F 3d 419).
- 45 En Brasil el referencial de la remuneración de los títulos del gobierno era de 17% al año y el tribunal de Justicia del Río Grande del Sur solía limitar la tasa de interés de los contratos bancarios en 12% (evitando lo que se llamaba usura, cometido por los bancos).
- 46 El Informe del Consejo Nacional de Justicia (2005) es bastante claro en este punto. El Departamento de Rio Grande do Sul es conocido por su tendencia a proteger a la parte más débil. La consecuencia es que el Poder Judicial está sobrecargado, con una tasa de proposición de nuevos pleitos mucho más elevada que en otros Departamentos brasileños, en los cuales la litigación no fue alimentada con el mismo nivel de intervención contractual. Es más, dado que los litigios son subsidiados por el Departamento (solamente una pequeña parte del proceso es realmente pagada por las partes), el crecimiento de las nuevas acciones propuestas es fuente de otros encargos para los contribuyentes.
- 47 Para la discusión acerca del método más eficiente de interpretación del contrato, ver Shavell (2004:301ss). Particularmente interesante es la opinión de Schwartz y Scott (2003:568): los tribunales deberían dar una interpretación restringida a los contratos y próxima a su significado textual.
- 48 Según Schwartz y Scott (2003) esta no es propiamente la función del Derecho Contractual, pero sí el objetivo de la regulación de valores inmobiliarios, la regulación contra los monopolios y también del Derecho Ambiental. Opino que el derecho Contractual debería estar listo para aceptar estas tareas del Derecho Anti-trust y del mercado accionario, toda vez que prácticas nocivas al mercado pueden ocurrir por medio de los contratos. Así, existe un punto de intersección entre el Derecho Contractual puro y las referidas regulaciones.

Es el Derecho Contractual que considerará nulo e ineficaz un contrato contrario a la política pública. El Derecho Antitrust puede permitir eso, pero es más utilizado para la aplicación de multas o para la responsabilidad civil.

- 49 Para un diagnóstico del problema, ver *Newsletter Valor Econômico*, Año 5(990), Cad. Agronegócios, 15.02.2006.
- 50 ApCív 79.859-2/188 e ApCív 82.254-6/188, ambas juzgadas por la 1ª Câ. Cív. del TJGO.
- 51 3ª T., REsp 803.481-GO, rel. Min. Nancy Andrichi, j. 28.06.2007, DJ 01.08.2007, p. 462; 3ª T., REsp 783.404-GO, rel. Min. Nancy Andrichi, j. 28.06.2007, DJ 13.08.2007, p. 364;
- 52 Segunda Seção, REsp 271.214-RS, rel. Min. Ari Pargendler, rel. p/ acórdão Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 12.03.2003, DJ 04.08.2003, p. 216.
- 53 STJ, Suspensão de Liminar e de Sentença 804-SP (2007/0295780-7), Min. Barros Monteiro, 06.12.2007.
- 54 TRF 4ª Reg., EI na ApCív 17.224, rel. Des. Federal Luiz Carlos Lugon.
- 55 Se podría hacer más complejo el análisis del contrato como sistema de regulación que envuelve aspectos institucionales, interactivos y sociales, pero ese asunto ya fue abordado en Timm (2005).

REFERENCIAS

- Ackerman, Bruce, 1971, "Regulating slum housing markets on behalf of the poor: of housing codes, housing subsidies and income redistribution policy", *Yale Law Journal*, v. 80.
- Amaral Neto, Francisco, "A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica", *Revista de Direito Civil*, v. 47.
- Amaral, Pedro Eichin, 2003, "Função social dos contratos de transferência de tecnologia", *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, N° 66.
- Andrews, W. et al. "Flood of uncertainty: contractual erosion in the wake of hurricane Katrina and the Eastern District of Louisiana's ruling in re Katrina Canal Breaches consolidated Litigation", *Tulane Law Review*, 81 Tul. L. Rev 1.277.
- Atiyah, P., 1979, *The rise and fall of the freedom of the contract*, Oxford: Clarendon Press.
- Azevedo, Antônio Junqueira de, 1998, "Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual", *Revista dos Tribunais*, v. 750, pp. 113-120.
- Banco mundial, 1999, "Court performance around the world: a comparative perspective", Technical Paper # 430, WTC430.

- Baptista da Silva, Ovídio Araújo, 2001, *Palestra em Fórum de Direito do Seguro* José Sollero Filho, Porto Alegre.
- Bobbio, Norberto, 2007, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria generale del Diritto*. Roma: Laterza.
- Buscaglia, Edgardo, 1997, "A quantitative assessment of the efficiency of the judicial sector in Latin America", *International Review of Law and Economics*, v. 17.
- Canaris, Claus-Wilhelm, 1971, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München: C. H. Beck.
- Capecetti, M., 1984, *Giudici legislatori?* Milano: Giuffrè.
- Caruso, Daniela, 2007, "Contract law and distribution in the age of welfare reform", *Arizona Law Review*, v. 49.
- Coase, Ronald, 1988, *The firm, the market and the law*, Chicago: University of Chicago Press.
- Cohn, Gabriel (Ed.), 1977, *Sociologia: para leer os clássicos*, São Paulo: Livros Técnicos e Científicos.
- Consejo Nacional de Justicia de Brasil, 2005, *Informe Justiça em números*, en http://www.cnj.gov.br/images/stories/docs_cnj/relatorios/justica_numero_2005.pdf
- Cooter, Robert; Ulen, Thomas, 2003, *Law & economics*, Boston: Addison Wesley.
- Corte Internacional de Arbitraje, 2006, *Informe Anual*, París: Cámara de Comercio Internacional.
- Craswell, Richard, 1988, "Contract remedies, renegotiation and the theory of efficient breach", *Southern California Law Review*, v. 61.
- Craswell, Richard, 1991, "Passing on the costs of legal rules: efficiency and distribution in buyer-seller relationships", *Stanford Law Review*, v. 43.
- Da Silva, Jorge Cesa Ferreira, 2003, "Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil" en: SARLET, Op. Cit.
- David, R., 1995, *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes.
- Dezalay, Yves; Garth, Bryant, 1995, "Merchants of law as moral entrepreneurs: constructing international justice from the competition for transnational business disputes", *Law and social inquiry*, v. 29.
- Dezalay, Yves; Garth, Bryant, 2004, "The confrontation between the big five and big law: turf battles and ethical debates as contests for professional credibility", *Law and social inquiry*, v. 29.

- Dogde, William S., 1999, "The case for punitive damages in contracts", *Duke Law Journal*, v. 48.
- Dumont, Louis, 1983, *Essais sur l'individualisme: une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Paris: Éditions du Seuil,
- Durkheim, E., 1980, *Da divisão do trabalho social*, 2. ed. Lisboa: Presença.
- Eisenberg, Melvin, 2001, "The emergence of dynamic contract law", *Theoretical inquiries in law*, v. 2 (1).
- Engelmann, Fabiano, "Études à l'étranger et médiation des modèles institutionnelles: le cas des juristes brésiliens", *Cahiers de la recherche sur l'éducation et les savoirs*, n. 7
- Engelmann, F., 2005, *Sociologia do campo jurídico: juristas e usos do directo*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.
- Engelmann, F., 2007, *Estudos no exterior e mediação de modelos institucionais: o caso dos juristas brasileiros*, (Inédito).
- Fachin, Luiz Edson, 2000, *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar.
- Faria, José Eduardo, 1998, "O Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico", en *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*, São Paulo: Malheiros.
- Farnsworth, Alan, 2004, *Contracts*, 4th ed. New York: Aspen.
- Forgioni, Paula Ana, 1998, "Os fundamentos do antitruste", *Revista dos Tribunais São Paulo*.
- Fried, Charles, 1981, *Contract as promise*, Cambridge: Harvard University Press.
- Gilmore, Grant, 1995, *The death of contract*, Columbus: Ohio State University Press.
- Gogliano, Daisy, 2005, "A função social do contrato (causa ou motivo)", *Revista Jurídica*, Nº 334.
- Gomes, Orlando, 2007, *Introdução ao direito civil*. 19. ed., Rio de Janeiro: Forense.
- Gordon, Robert, 1984, "Critical legal histories", *Stanford Law Review*, v. 36.
- Granovetter, Mark, 1985, "Economic action and social structure: the problem of social embeddedness", *American Journal of Sociology*, v. 9 (3).
- Grau, Eros, "Um novo paradigma de contratos?", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 96.
- Grau, Eros, 2007, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 12^o ed., São Paulo: Malheiros.
- Hart, H. L. A., 1997, *The concept of law*, 2nd ed., Oxford: Oxford University Press.
- Hayek, Friedrich A., 1997 (1960), *The constitution of liberty*, Chicago: University of Chicago Press.

- Hespanha, Antônio Manuel, 1997, *Panorama histórico da cultura jurídica européia*, Portugal: Publicações Europa-América.
- Holmes, Oliver, 1991, *The common law*, New York: Dover Publications.
- Horwitz, Morton, 1974, "The historical foundations of modern contract law", *Harvard Law Review*, v. 87.
- Horwitz, Morton, 1977, *The transformation of american law*, Cambridge: Harvard University Press.
- Instituto PENSA-USP, 2005, Informe presentado en el Seminario del 5 de diciembre.
- Irti, Natalino, 1999, "Teoria generale del diritto e problema del mercato", *Rivista di Diritto Civile*, n. 2, jan.-mar.
- Jamin, Christophe, 2001, "Plaidoyer pour le solidarisme contractuel" en *Le contrat au début du XXIe siècle*, Paris: LGDJ.
- Kaser, Max, 1999, *Direito privado romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- Kelsen, Hans, 1967, *Pure theory of law*. Berkeley: U.C. Berkeley Press.
- Kennedy, Duncan, 1976, "Form and substance in private law adjudication" *Harvard Law Review*, v. 89.
- Kennedy, Duncan, 1982 "Distributive and Paternalist motives in contract and tort law", *Maryland Law Review*, v 41.
- Kronman, Anthony, 1980, "Contract law and distributive justice", *Yale Law Journal*, v. 89.
- Kronman, Anthony, 1983, "Paternalism and the law of contracts", *Yale Law Journal*, v. 92.
- Kuhn, Thomas, 1982, *A estrutura das revoluções científicas*, São Paulo: Perspectiva.
- Kunkel, W., 1973, *An introduction to roman legal and constitutional history* 2^o ed. Oxford: Clarendon Press.
- Laclau, Ernesto, 1990, *New reflections on the revolution of our time*, Londres: Verso.
- Lee Reed, O., 2001, "Law, the rule of law and property: a foundation for the private market and business study", *American Business Law Journal*, v. 38.
- Leonardo, Rodrigo, 2005, "A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça", *RT* 832/100, São Paulo.
- Lobo, Paulo Luiz Neto, 1986, *O contrato: exigências e concepções atuais*, São Paulo: Saraiva.
- Lopes, José Reinaldo de Lima, 1998, "Crise da norma jurídica e reforma do judiciário", en *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*, São Paulo: Malheiros.
- Lopes, José Reinaldo de Lima, 2000, *O direito na história*. São Paulo: Max Limonad.

- Lukes, Steven, 1977, "Bases para a interpretação de Durkheim", en Cohn, Op. Cit.
- Macaulay, Stewart, 1963, "The use and non-use of contracts in the manufacturing industry", *The Practical Lawyer*, v. 9, n. 7, Londres: Legalease.
- Macaulay, S., 2000, "Relational contracts floating on a sea of custom? Thoughts about the ideas of Ian Macneil and Lisa Bernstein", *Northwestern University Law Review*, v. 94.
- Macaulay, S. 2003, "The real and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules", en *Implicit dimensions of contract*, Oxford: Hart Publishing.
- Macedo, Ronaldo Porto, 1999, *Contratos relacionais*, São Paulo: Max Limonad.
- Machado, Rafael Bicca; Timm, Luciano Benetti, 2006, "Direito, Mercado e função social", *Revista da Juris*, v. 103, Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul.
- Macneil, Ian, 1978, "Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law", *Northwestern University Law Review*, v. 72, n. 6.
- Macneil, Ian, 2003, "Reflections on relational contract theory after neo-classical seminar", *Implicit dimensions of contract*, Oxford: Hart Publishing.
- Malloy, Robin Paul, 2004, *Law in a market context*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Marques, Claudia Lima, 1995, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 2ed., São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Martins-costa, Judith, 1992, "Crise e modificação da noção de contrato no direito brasileiro", *Revista Direito do Consumidor*, v. 3., São Paulo: Revista dos Tribunais, set.-dez.
- Martins-costa, Judith, 2005, Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista DireitoGV*, v. 1, São Paulo: Fundação Getulio Vargas.
- Nery, Rosa Maria Andrade, 2004, "Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do direito privado", *Revista de Direito Privado* 17/70. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar.
- North, Douglas, 1990, *Institutions, institutional change and economic performance*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Pacheco, José da Silva, 2003, "Da função social do contrato", *Revista Advocacia Dinâmica*, 34.
- Perlingieri, Pietro, 1994, *Profili del diritto civile*. Napoli: Scientifiche Italiane.
- Pinheiro, Armando Castelar y SADDI, Jairo, 2005, *Direito, economia e mercados*, São Paulo: Campus..
- Polinsky, Mitchell, 1994, *Análisis económico del derecho*, Madrid: Ariel Ponz.

- Posner, Eric, 1995, "Contract law in the Welfare State: a defense of the unconscionability doctrine, usury laws and related limitations on the freedom to contract" *Journal of Legal Studies*, v. 24.
- Posner, E., 2003, "Economic analysis of contract law after three decades: success or failure", *Yale Law Journal*, v. 112.
- Posner, E., 2007, "What the efficient performance hypothesis means for contract scholarship", *Yale Law Journal Pocket Part*, v. 116.
- Posner, Richard, 1990, *The problems of jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press.
- Posner, R., 2003, *Law, pragmatism, and democracy*, Cambridge: Harvard University Press.
- Posner, R., 2007, *Economic analysis of law*, 7th ed., New York: Aspen.
- Pound, Roscoe, 1908, "Mechanical jurisprudence", *Columbia Law Review*, v. 8, Columbia Law School.
- Rodrigues Jr., Otavio Luiz Rodrigues, 2004, "A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio *res inter alios acta*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos", *RT* 821/81, São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Roppo, Vincenzo, 2001 *Il contratto*, Ed. Giuffrè.
- Salomão filho, Calixto, 2004, "Função social do contrato: primeiras anotações", *RT* 823/67, São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Santos, Eduardo Sens, 2003, "A função social do contrato – elementos para uma conceituação", *Revista de Direito Privado* 13/99, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar.
- Sarlet, Ingo (Ed), 2003, *O novo Código Civil e a Constituição*, Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Penteado Jr., Cássio M. C., 2003, "O relativismo da autonomia da vontade e a intervenção estatal nos contratos", *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* v. 21.
- Scalise (Jr), Ronald, 2007, "Why no *efficient breach* in the civil law: a comparative assessment of the doctrine of efficient breach of contract", *American Journal of Comparative Law*, v. 55.
- Schultz, Fritz, 1951, *Classical roman law*, Oxford: Clarendon.
- Schwartz, Alan; Scott, Robert, 2003, "Contract theory and the limits of contract law," *Yale Law Journal*, v. 113.
- Shavell, Steven, 2004, *Foundations of economic analysis of law*, Cambridge: Harvard University Press.
- Shavell, Steven; Kaplow, Louis, 1994, "Why the legal system is less efficient than the income tax in redistributing income", *Journal of Legal Studies*, v. 23.

- Speidel, Richard, 2000, "The characteristics and challenges of relational contracts", *Northwestern Law Review*.
- Sustein, Cass, 1997, *Free market and social justice*, Oxford: Oxford University Press.
- Swedberg, Richard, 1990, *Economics and sociology*, Princeton: Princeton University Press.
- Sztajn, Rachel y Zylbersztajn, Décio, 2005, *Direito e economia*, São Paulo: Campus.
- Talley, Eric, 1994, "Contract renegotiation, mechanism design, and the liquidated damages rule", *Stanford Law Review*, v. 46.
- Theodoro de Mello, Adriana Mandim, 2002, "A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil brasileiro", *RT* 801/11, São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Theodoro jr., Humberto, 2003, *O contrato e sua função social*, Rio de Janeiro: Forense.
- Timm, Luciano (ed.), 2005, *Direito e economia*. São Paulo: Thompson/IOB.
- Timm, Luciano, 2006a, "As origens do contrato no novo Código Civil: uma introdução à função social, ao welfarismo e ao solidarismo contratual", *RT*, v. 844, São Paulo: Revista dos Tribunais, fev., pp. 85-95.
- Timm, Luciano, 2006b, "Direito, economia e a função social do contrato: em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado de crédito", *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 33, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set., pp. 15-31.
- Timm, Luciano; Cooter, Robert D.; Schaefer, B., 2006, "O problema da desconfiança recíproca", *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*, v. 1. Berkeley Electronic Press, en<<http://services.bepress.com/lacjls/vol1/iss1/>
- Trebilcock, Michael J., 1993, *The limits of freedom of contract*, Cambridge: Harvard University Press.
- Ulen, Thomas, 1984, "The efficiency of specific performance: toward a unified theory of contract law", *Michigan Law Review*, v. 83.
- Unger, Roberto, 1983, "The critical legal studies movement", *Harvard Law Review*, v. 96.
- Wald, Arnaldo, 2003, "O novo Código Civil e o solidarismo contratual", *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* 21/35, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set.
- Wambier, Teresa, Arruda Alvim, 2005, "Uma reflexão sobre as cláusulas gerais do Código Civil de 2002 – a função social do contrato", *RT* 831/59, São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Weinrib, Ernest J., 1995, *The idea of private law*, Cambridge: Harvard University Press.
- Williamson, Oliver, 1985, *The economic institutions of capitalism*, Nova Iorque: Free Press.

SPONTANEOUS ORDERS AND GAME THEORY: A COMPARATIVE CONCEPTUAL ANALYSIS*

*Nicolás Cachanosky***

Abstract: This article studies the difficulties of the argument that Hayekian spontaneous orders can be modeled using game theory and thus help integrate the Austrian School of economics with more mainstream economic schools of thought. I posit that there are central aspects of Hayekian spontaneous orders that cannot be fully incorporated into game theory.

It will then become apparent that there is not only nothing artificial in establishing this relationship but that on the contrary this theory of games of strategy is the proper instrument with which to develop a theory of economic behavior.

One would misunderstand the intent of our discussion by interpreting them as merely pointing out an analogy between these two spheres. We hope to establish satisfactorily, after developing a few plausible schematizations, that the typical problems of economic behaviour become strictly identical with the mathematical notions of suitable games of strategy.¹

John von Neumann, Oskar Morgenstern

I don't want to be unkind to my old friend, the late Oskar Morgenstern, but while I think his book is a great mathematical achievement, the first chapter which deals with economics is just wrong. I don't think that game theory has really made an important contribution to economics, but it's a very interesting mathematical discipline.²

Friedrich A. von Hayek

* I appreciate the useful comments from Juan Carlos Cachanosky, Martín Krause, Adrián Ravier and Gabriel Zanotti. The usual caveats apply.

** PhD Student in Economics, Suffolk University. Email: ncachanosky@suffolk.edu

Introduction

The above quotes from Neumann and Morgenstern and Hayek show opposite positions on the usefulness of game theory in explaining economic phenomena. These quotes belong to renowned authorities in game theory and spontaneous orders respectively. Their differences of opinion are particularly interesting, because one contemporary interpretation applies Hayekian spontaneous orders to game theory in order to enhance the analytical rigor of this economic subfield.

This Hayekian reading of game theory implies the possible compatibility between the Austrian school and conventional economic paradigms, which have developed along independent paths but –so the theory goes– could be unified through game theory. Nicolai Foss broached this union by stating that:

In other words, game theory in economics did not just emerge because of certain logical problems in general equilibrium; it also took hold because it was inherently better equipped than general equilibrium theory to deal with a number of issues. *This was anticipated in the early 1970s by Oskar Morgenstern (1972) when he observed that economists had, sooner or later, to abandon ‘the Walras-Pareto fixation’, that is, the preoccupation with competitive equilibrium, and turn to analysis that includes much more comprehensively the formation of beliefs, rivalry and competitive struggle-issues that Morgenstern implied were much more adequately treated in the game theory that he had helped found. It is appropriate at this point to turn to the Austrian critique of mainstream theorizing, for if there are any economists who have urged the profession to abandon ‘the Walras-Pareto fixation’, it is certainly the Austrians* (Foss, 2000:45, italics added).

The aim of this article is not to study game theory in a broad sense but rather to deal with its capacity to facilitate the interpretation and analysis of spontaneous orders, as understood by Hayek and the Austrian School, to see whether this potential unity exists. Although game theory has evolved

considerably from its beginnings in economics, the central question here is whether differences between these two paradigms rest on the surface or in the nucleus of their respective theories. The article aims to discuss the modelization in games of spontaneous orders rather than the study by experimental economics.

Although spontaneous orders are commonly referred to as *Hayekians* because of Hayek's developments in this area, we should not be misled to think that the idea of complex phenomena was absent before Hayek. In fact, Hayek continued the work of previous economists. Ludwig von Mises, for example, referred to the concept of complex phenomena several times in at least three of his most important works (Mises, 1981; 1996; 1976:42,69,74). Thus, as we will see in the next section, while the term *spontaneous orders* clearly recognizes Hayek's contribution, it has been present within the Austrian tradition since its beginnings and before that in the Scottish Enlightenment.

Alternatively, game theory represents an important advance within the neoclassical paradigm as it improves the traditional designs of perfect competition and Walrasian equilibriums, as Foss has suggested. Yet, there still exist essential differences between game theory and spontaneous orders, at least in a Hayekian understanding. That is, even if we maintain that game theory involves spontaneous orders, we may be unwarranted to call them Hayekian.

This article studies some of the main arguments as to why game theory may hardly be an apt paradigm with which to model spontaneous orders; this does not imply by any means that it is not an important tool that adds analytical value in the context of other problems. It rather focuses exclusively on Hayekian spontaneous orders as complex phenomena in the context of game theory.

The article is structured as follows. First, we provide a brief overview of the concepts of spontaneous orders and game theory in order to understand their origins. Second, we present a short exposition on modeling and formalizing spontaneous orders. Third, we concentrate on two central aspects where clear differences appear, namely, 1) rationality and 2) information

and knowledge. Fourth, we focus on issues directly related to spontaneous orders such as the effects of the spontaneity of the rules within which the spontaneous order emerges. Finally, we offer some general conclusions on the relationship between game theory and Hayekian spontaneous orders.

1. Antecedents of Spontaneous Orders and Game Theory

The studies on spontaneous orders can be traced at least back to the origins of economics in eighteenth-century Scottish philosophy. Although it is true that Adam Smith was not the first to address market processes, there is justice in recognizing him as the “Founding Father” of economics. After Smith, Scottish thinkers started to see the market differently than their predecessors. Old Scholastics, for example, were concerned about the *just price* but they did not raise questions about the *price of equilibrium*. The Scholastic preoccupation was directed to know when and how to intervene in the market to guarantee a *just price*, whereas Smith inaugurated a discipline focused on studying how the market functions by itself.

Smith was the first author to develop a successful, systematic treatise on market processes, that is, economics. The interesting aspect of Smith is that he studied economics while considering moral philosophy and law as spontaneous emerging orders. To Smith as well as to the rest of the classical economists, the key problem was not to discover how to successfully intervene in the market to make it just but rather to learn how the market itself works without exogenous controls. In more contemporary terms, they focused not on how to assign scarce resources but rather on how scarce resources are spontaneously assigned (Kirzner, 1976:VI). Smith’s invisible hand is the analogue to Hayek’s spontaneous order.

Several important thinkers followed Smith, including Edmund Burke, Alexis de Tocqueville, and Wilhelm von Humboldt, among others. According to Gallo (1987), their contributions can be traced in the works of Hayek.

Following the classical tradition, Hayek concentrated on the spontaneity problem in a series of articles written in the 1930’s and 1940’s, most of which

were reprinted in his book *Individualism and Economic Order* (1948). In these articles, the issue of dispersed information characterizes the economic problem.³ Hayek suggests that the idea of a spontaneous order as an evolutionary process is a concept born in the social sciences and that it was not imported from other disciplines:

The study of spontaneous orders has long been the peculiar task of economic theory, although, of course, biology has from its beginning been concerned with that special kind of spontaneous order which we call an organism. Only recently has there arisen within the physical sciences under the name of cybernetics a special discipline which is also concerned with what are called self-organizing or self-generating systems (1983:36-37, italics added).

On the concept of evolution, Hayek made the following remarks:

As the conception of evolution will play a central role throughout our discussion, it is important to clear up some misunderstandings which in recent times have made students of society reluctant to employ it. *The first is the erroneous belief that it is a conception which the social sciences have borrowed from biology. It was in fact the other way round, and if Charles Darwin was successfully to apply to biology a concept which he had largely learned from the social sciences, this does not make it less important in the field in which originated.* It was in the discussion of such social formation as language and morals, law and money, that in the eighteenth century the twin conceptions of evolution and the spontaneous formation of an order were at last clearly formulated, and provided the intellectual tools which Darwin and his contemporaries were able to apply to biological evolution (1983:22-23, italics added).

Hayek emphasized that the market as a spontaneous order transcends the frontiers of anything the human mind could have created. If the complexity of spontaneous orders is higher than the capacity of human creativity, then this order cannot be controlled *ex post* by rules created by humans. Following

the Scottish tradition, Hayek concluded that catallactics or economics consists in the study of the process of order rather than in the study of the creation or control of the order, since such order has reached a degree of complexity that exceeds any complexity that a created order could have achieved (Hayek, 1983:50-51).

As we can see, the concepts of spontaneous orders and evolution are not additions or aspects particular to Hayek, but they are concepts that have long been present in economics. The Hayekian concept of spontaneous order represents an insightful approach to the concerns of classical economists, particularly regarding information and knowledge, by focusing on the process by which subjective and different expectations result in an unintended stable order.

In regard to game theory, we can historically locate some contributions prior to its formal introduction to economics. Although *Theory of Games and Economic Behavior* (1944) by John von Neumann and Oskar Morgenstern is recognized as the work that integrates game theory into economics, there are earlier works on the subject, such as Cournot's treatment of duopolies (1838). The fundamental difference between the concepts of spontaneous order and game theory is that the latter did not have its origins in the social sciences.

Game theory deals with situations in which certain rules are present and known by all players and where each participant must decide his/her move. The military strategies reflect well this perspective. In the *Dialogues*, Plato presented Socrates with a question regarding the situation of a soldier in battle. Following Plato's exposition, if the soldier stays with his army and they win the battle, there is the probability of him being hurt or killed. However, his participation does not seem to contribute significantly to the outcome. If he stays with his army and they are defeated, the probability of being hurt or killed is much greater, but he still does not contribute significantly to the outcome. This means that, by remaining on the field of battle, he is taking an unnecessary risk. To this soldier, as well as for all the others, everything seems to indicate that the best strategy is to flee the battle, independently of the outcome (Plato, 1931:100-101).⁴

In other words, in game theory each participant must generate a strategy within the rules of the game in order to maximize their objective, knowing that each decision he/she takes affects the decision of the other players, and that he/she is affected by the decision of the other players as well. Mathematicians originally studied game theory for cases in which these characteristics were clearly present; it was not until von Neumann and Morgenstern that game theory began to be regularly applied to problems in the social sciences. In a work on the history of mathematics, Richard Mankiewicz noted that the analysis of strategic games facilitated the study of practical problems. He recalled that Emile Borel, a French mathematician, wrote *La théorie du jeu*; this text influenced the work of von Neumann and Morgenstern, but game theory was originally associated with military strategy (Mankiewicz, 2005:166).

Game theory experienced important developments during the World Wars because of the insight it provided in analyzing different military strategies without actually fighting them through. It has been suggested that it is not a coincidence that chess and the Chinese game of *go* are war games, and that the first practical application of game theory was the analysis of a final war (Ibid: 165). Mankiewicz maintained that, in the Cold War, von Neumann and Bertrand Russell argued for a first, immediate nuclear attack to Russia and the establishment of a world parliament to force global peace. This strategy was not chosen but was instead superseded by another: MAD, or mutually assured destruction (Ibid: 169).

By the time Neumann and Morgenstern's *Theory of Games and Economic Behavior* was published in 1944 at the end of World War II, these conflicts had motivated the study of game theory to focus on war games and zero-sum games. Once these military imperatives diminished, the study of game theory became more focused on economic and social problems. Yet game theory remained an inherently mathematical discipline, as most of its advances in those times related more to mathematics than to economics and social sciences.

Thus, in contrast with spontaneous orders, game theory did not originally develop in economics or social sciences but rather was imported into economics

from a particular branch of mathematics. This is not the only case in which conventional economics has borrowed tools from other sciences; a good example of this borrowing can be found in the first chapter of *Theory of Games and Economic Behavior*, in which several analogies between physics and economics are used.

Even if there is nothing wrong or troublesome *per se* in incorporating tools from other disciplines, it can result in methodological difficulties if the nature of the distinct problems across both disciplines is not adaptable and/or if these differences are not taken into consideration. As such, it is useful to understand the historical emergence of the concepts of spontaneous orders and game theory in economics, as this will be helpful in understanding the differences between the spontaneous order approach and conventional economics in regard to game theory.

2. Formalization and Modeling

It might be said that one of the objectives for seeking a common ground between Hayekian spontaneous orders and game theory is to advance the formalization of game theory through modeling, with the intention to add rigor and precision. However, we must distinguish between formalization and modeling, as these are not necessarily interchangeable terms.

Following Mises' terminology, we can divide the study of economics into two types: 1) *logical catallactics* and 2) *mathematical catallactics* (Mises, 1996:XVI.5).⁵ This means that each one of these sub-paradigms has its own *style* or *method* of formalization. In mathematical catallactics, formalization and modeling happen together; in logical catallactics, we find that formalization and modeling are distinct, even if there is no modeling in the conventional sense of the term. As such, it is important to take into consideration that mathematical symbolism is not even necessary to build argumentations or solid demonstrations. A solid demonstration is based not on the use of mathematical symbols but on the quality of logical reasoning. We can easily eliminate the algebra by replacing each symbol with words,

but the logic of a demonstration or proof remains the same. To choose mathematical symbols, discursive writing, or even pictorial representations may affect the length of a demonstration, but this choice does not affect the fact that it constitutes a demonstration (Devlin, 2002:69). It is worth mentioning, as an example, that modern mathematical formalization has not always been present. Babylonians used to express many proofs rhetorically rather than with symbols, and there is also the famous rhetorical demonstration given to Cardano by Tartaglia on the cubic equation solution in the year 1546 (Mankiewicz, 2005:21, 89).

To argue that discursive logic is a vague or imprecise rhetoric, in contrast to the punctuality and precision present in mathematical economics, is a rushed, if not erroneous, conclusion. The use of mathematics can be as vague and imprecise as any discursive text, and discursive logic can be as punctual and precise as any formal model. We should consider that writing theory books is a very different matter than writing romance or mystery novels. While in the former case the tool is *discursive logic*, in the latter is *narrative prose*. It is as necessary to know how to use discursive logic as it is necessary to know how to use mathematical instruments to attain a punctual and precise exposition through these instruments. In the same way, it is as equally important to know how to interpret and read mathematical symbolism as it is to know how to interpret and read an exposition based on discursive logic. Those who cannot precisely use or interpret mathematics are tantamount to those who cannot use or interpret discursive logic in a proper way.

Hayek, for example, advised that the use of mathematics *per se* does not make mathematics more scientific or precise, but rather, mathematics becomes less scientific and precise if this use implies that we should modify economic concepts so that they fit into specified equations or models (Hayek, 1980:97). According to this author, the use of mathematics can shift the focus of interest from what is important to what happens to be easily measurable:

And while in the physical sciences the investigator will be able to measure what, on the basis of a *prima facie* theory, he thinks important, in the social

sciences often that is treated as important which happens to be accessible to measurement. This is sometimes carried to the point where it is demanded that our theories must be formulated in such terms that they refer only to measurable magnitudes (Hayek, 1978:24).

Morgenstern, who also studied under Mises in Vienna and replaced Hayek as Director of the Austrian Institute for Trade Cycle Research, has discussed such pitfalls, warning that it “is often easier to mathematize a false theory than to confront reality” (Morgenstern, 1972:1169).

In conclusion, we should not only interrogate whether the concept of spontaneous order possesses a sufficient degree of depth in terms of discursive logic; we must also ask whether there are important characteristics that are lost when moving from discursive to mathematical methodology. Each method should be studied in its own right rather than presuming that one is more convenient than the other.⁶

Discursive logic is a more flexible instrument than mathematics; mathematical symbols, after all, are empty of meaning.⁷ This means that in the modeling of spontaneous orders, we risk the loss of explanatory power translation from a more flexible system to one that is narrower and more rigid. Given that spontaneous orders are related to complex phenomena, it initially appears that a more flexible method would be more appropriate to deal with this problem than the narrower and more rigid mathematical treatment that game theory offers.

3. The Problem of Rationality

Rationality is one of the concepts upon which economic theory is built; in economics, rationality appears at a meta-theoretical level. This means that the theory in general is affected by what the theorist understands of rationality, rather than the other way around. This is a key point by which Austrian and neoclassical economics embrace different concepts and use them to develop different explanations and arguments.

It is usually understood, either implicitly or explicitly, that rationality consists in the mental capacity of humans to create norms or rules. According to Hayek, this emphasis on the creative aspects of human capacity began around the XVI and XVII centuries with the emergence of what he called constructivist rationalism. Until then, however, rationality was understood not in terms of the capacity to create but rather in terms of the capacity to understand the world that surrounds us. The human mind is capable of finding causal relationships and comprehending surroundings using reason, but it is not reason that builds these surroundings. For Hayek, this shift in conceptualization had important effects on the social sciences. With respect to law, for example, he argued that natural law had been replaced with the concept of rational law, which almost entirely reverses its meaning; instead of discovering the order of the community, this order should be created (Hayek, 1983:21).

Constructivist rationality is a central concept in game theory. This kind of rationality is not a characteristic of human mind, but rather it is a characteristic that may or may not be present in an economic agent's decisions. From this point of view, decisions are considered economically rational if they maximize, for example, utility or benefits. In the case of game theory, rationality is defined in terms of how strategic decisions are taken. According to Don Ross (2008):

We assume that players are economically rational. That is, a player can (i) assess outcomes; (ii) calculate paths to outcomes; and (iii) choose actions that yield their most-preferred outcomes, given the actions of the other players.

Given this definition of economic rationality, economic agents (i.e., individuals and firms) are assumed to behave rationally. That is, they are assumed to act in order for the game to reach a rationally expected outcome. In game theory, rationality also implies the capacity of each agent to foresee the strategic decisions of other players. Moreover, all players know that the other $n-1$ players are rational. Furthermore, each player knows that all other players know that he/she knows about their rationality; this is successively

assumed *ad infinitum* for all players.⁸ This situation ends in the well-known paradox in which the only way to take advantage of an opponent in a zero-sum game is to be rational enough to surprise even oneself.

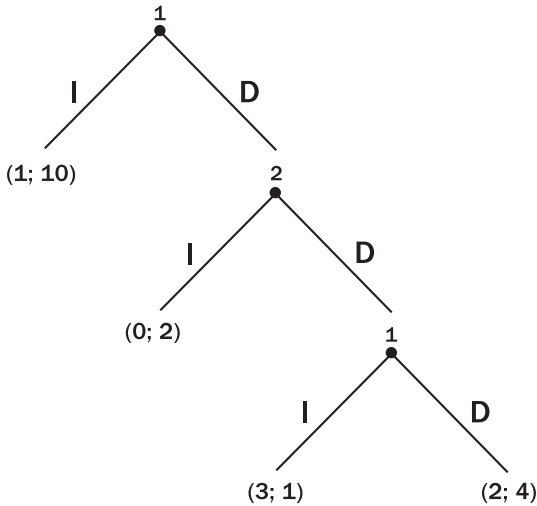
This degree of rationality generates trivial solutions in games in which no player wishes to move, whether or not there is another Pareto superior solution as in the prisoner's dilemma. In relatively simple games with respect to rationality, the problem to be solved is mathematical, and the existence of solutions like Nash or Bayesian equilibriums can be proven.⁹ Mankiewicz has explained that certain games, especially simple ones, become trivial when all strategies are fully understood, the game ends always in a tie and the interest of participants to play vanishes. He highlighted Nash's analysis to show that even in chess there is an optimal strategy, but because of the complexity of the game, this strategy has not been discovered yet (Mankiewicz, 2005:169).

The difference between game theory and traditional economic models is that each player is not in a purely deterministic environment; he/she must think ahead of the non-parametric decisions of other players by choosing the strategy with the best outcome. The conventional definition of rationality, however, assumes that the game should be solved as if it were entirely parametric or deterministic, that is, as if each player decision is rationally predictable. Any teleological individual behavior is replaced by rationally determined decisions.

One of the problems with this conception of rationality is that it should allow for a conception of a non-rational act, which presents some difficulties. Following Ross, if a person (i) does not assess outcomes, (ii) does not calculate paths to outcomes, or (iii) does not choose actions that yield most-preferred outcomes; can we affirm that he/she is behaving irrationally? Assuming that an individual does not fulfill one of these criteria in an experimental game, should we deem such an act irrational or should we interrogate the definition of rationality? In other words, is the individual or the model at fault?

The paradox of backward induction is a good example of the problems and solutions to which conventional rationality can lead us. It can be illustrated by the following decisions tree:

Figure 1. The paradox of backward induction



Source: Ross (1998:Figure 11), slightly reformed by author

The Nash equilibrium is emphasized in bold, namely, the outcome (1; 10) of strategy *I* in the first node. The paradox arises when trying to solve the game using backward induction. Starting from the third node, player 1 should choose strategy *I* to obtain a result of (3; 1). However, in the second node, player 2 can improve his/her outcome by choosing *I* with a result of (0; 2). Similarly, in the first node, player 1 can improve this expected result by playing *I* with an outcome of **(1; 10)**, which is the Nash equilibrium. The paradox is due to the conventional definition of rationality; player 2 needs to assume that player 1 will play rationally in the third node choosing *I*, but if player 1 is rational, then player 2 should never even be able to decide, as the game should end in the first node. That is, player 2 can choose a strategy only if player 1 chooses an irrational decision, in which case there is no motive to assume that player 1 will behave rationally at the third node, even though player 2 requires the backward induction of player 1's rationality to make a decision at the second node.

This backward induction paradox is not resolved by reviewing the concept of rationality but rather by introducing a new variable, the *trembling hand*, which implies that there is a nonzero probability that the player's hand may tremble and choose an irrational strategy. In other words, each player assigns a nonzero probability to the possibility that the other players have not learned the equilibrium strategies of the game.

This is why one of the solutions suggested to this problem is that the players should learn to play equilibrium strategies, since if this is not the case, they will make trembling-hand errors. The conclusion that it is necessary to teach players how to behave rationally indicates that players do not possess *a priori* the rationality that game theory assumes they have. This can ultimately lead to circular reasoning: players need to be educated in game theory in order for the game to arrive at the "correct" solution.

Thus, game theory does not seem to efficiently explain the decision-making processes of individuals. The need to teach players to play rationally is a clear demonstration that game theory does not satisfactorily describe human behavior. This involves another problem that consists in answering the question on how is it possible to teach rationality to an irrational individual.

The Austrian or Hayekian analysis on spontaneous orders, however, employs a different concept of rationality. For them, every act is rational by definition, and so there is no such thing as an irrational act:

Action is, by definition, always rational. One is unwarranted in calling goals of action irrational simply because they are not worth striving for from the point of view of one's own valuations. Such a mode of expressions leads to gross misunderstandings. Instead of saying that irrationality plays a role in action, one should accustom oneself to saying merely: There are people who aim at different ends from those that I aim at, and people who employ different means from those I would employ in their situation (Mises, 1981:35, italics added).

To talk about a rational act is as tautological as talking about "a part smaller than the whole" or a "triangle with three sides." For this approach,

to assume as Ross does that individuals behave rationally is like starting a Euclidean geometrical proof by assuming a triangle has three sides; it does not add to nor detract from the definition of triangle. “Rationality” is embedded in “action” just as “three sides” is embedded in “triangle.” Given that acts are defined as purposive behavior, acts involve a decision between at least two possibilities. Moreover, human action implies choosing means to attain ends; this choice is always rational, independently of how efficient the means chosen are for attaining the ends. Mises offered the follow example:

When applied to the means chosen for the attainment of ends, the terms rational and irrational imply a judgment about the expediency and adequacy of the procedure employed. The critic approves or disapproves of the method from the point of view of whether or not it is best suited to attain the end in question. It is a fact that human reason is not infallible and that man very often errs in selecting and applying means. *An action unsuited to the end sought falls short of expectation. It is contrary to purpose, but it is rational, i.e., the outcome of a reasonable –although faulty– deliberation and an attempt –although an ineffectual attempt– to attain a definite goal.* The doctors who a hundred years ago employed certain methods for the treatment of cancer which our contemporary doctors reject were –from the point of view of present-day pathology– badly instructed and therefore inefficient. But they did not act irrationally; they did their best. *It is probable that in a hundred years more doctors will have more efficient methods at hand for the treatment of this disease. They will be more efficient but not more rational than our physicians* (Mises, 1996:20, italics added).¹⁰

This means that decisions can be more or less efficient, but they cannot be rational or irrational. Contrary to some conventional understandings of rationality, rationality does not emerge in varying degrees. To define rationality as the convenience or inconvenience of what has been chosen ultimately implies neglecting the subjectivity of the choosing individual’s valuations. Take, for example, the third point in Ross’s definition of rationality, which indicates that each player chooses preferred outcomes. We must ask who

prefers such outcomes, namely, if the player or the theorist. The fact that what does a player prefer might not coincide with what a theorist assumes to be preferred by the player does not imply that the player is behaving irrationally but rather that the assumption of the theorist is mistaken. Accordingly, a conventional definition of rationality is incompatible with Hayekian or Austrian spontaneous order.

We have, then, two different types of rationality in economics, both of which have played a fundamental role in the development of different theories. Hayek called them constructivist rationalism, which is present in game theory, and evolutionary rationalism (Hayek, 1983:29).

As we have already implied, one of the main problems of constructivist rationalism is that it assumes that the economic agent is a constructivist rationalist of the same kind of the theorist. Vernon Smith in his Nobel Memorial Lecture highlighted this (bold is original, italics added):

I suggest that the idea that agents need complete information is derived from introspective error: as theorists **we** need complete information to calculate the CE [*Competitive Equilibrium*]. But this is not a theory of how information or its absence causes agent behavior to yield or not a CE. *It is simply an unmotivated statement declaring, without evidence, that every agent is a constructivist in exactly the same sense as are we as theorists. And the claim that it is 'as if' agents had complete information, helps not a wit to understand the wellsprings of behavior. What is missing are models of the process whereby agents go from their initial circumstances, and dispersed information, using the algorithms of the institution to update their status, and converge (or not) to the predicted equilibrium* (Smith, 2002:516).

It is clear that the opinions of Hayek and other Austrian economists, whether or not we consider them correct, are not compatible with the constructivist rationalism present in game theory. That is, games that involve constructivist rationalism cannot be called Hayekian if we wish to be loyal to the term.

4. Information and Knowledge

The theoretical use of knowledge is one of the most pronounced differences between conventional and Austrian economics. A famous passage of Hayek highlights this difference:

The problem is thus in no way solved if we can show that all the facts, *if they were known to a single mind (as we hypothetically assume them to be given to the observing economist)*, would uniquely determine the solution; instead we must show how a solution is produced by the interactions of people each whom possesses only partial knowledge. *To assume all the knowledge to be given to us as the explaining economists is to assume the problem away and to disregard everything that is important and significant in the real world* (Hayek, 1948:91, italics added).

In games with perfect information, each player knows the outcomes of each other player's strategy; moreover, each player knows about the rationality of the other players (successively *ad infinitum*), the number of turns the game has, the discount factor for each individual as well as any other relevant information. This understanding is incompatible with Hayekian spontaneous orders. Although differences regarding the treatment of information are not new, some aspects regarding game theory under conditions of imperfect information should be mentioned.

We start with a conceptual distinction between the terms *information* and *knowledge*. Information is a quantitative term; it relates to the quantity of data *bits*. Knowledge is a qualitative term that relates to understanding or interpreting future expectations.

Take, for example, three economic theorists: a Keynesian, a monetarist and an Austrian. Even if we give all three the same perfect information, they will give us three different interpretations and analyses. If we give them the same complete information regarding the market, their future expectations will also radically differ. In other words, the assumption of perfect information does not imply that all agents behave similarly, unless we implicitly assume

that they have the same knowledge, that is, they are as rational as the theorist is. This distinction is very important, because if information and knowledge are different kinds of concepts, they cannot be mixed together to assume that perfect information guarantees the existence of equilibrium. Knowledge as a qualitative concept cannot be overlooked, as it is ultimately needed to understand the economy as a spontaneous order.

Note also that since information involves a quantity of data, this means that it can be complete or incomplete. However, knowledge is a qualitative term, and so it can be neither complete nor incomplete (Zanotti, 2007:37). For this reason, the term *complete information* seems to be a better use of terminology than *perfect information*. Besides more directly relating to the concept of information, it is free of positivist connotations that might unintentionally mislead the analysis.

The assumption that knowledge is the same for all individuals implies the assumption that valuations and expectations for all individuals are perfectly known, if not the same. In our case, this means that each player knows how each player values the result of each strategy and what types of future expectations they have. However, understanding spontaneous order means understanding not only how society is built based on disperse information but also how knowledge is coordinated. How is that different expectations and valuations result in an unintended order? As Hayek pointed out, to assume that all individuals know the future expectations and valuations of other individuals, and thus overlook knowledge, is to assume that the problem is already solved.

In a weberian tone, Mises discussed this interpretive understanding of knowledge as *verstehen*, by arguing that the challenge lied in the coordination of future expectations, and for this, individuals had to possess understanding or *verstehen* of past information (Mises, 1996:II.7).¹¹ That is, knowledge aims toward the future, while information is past data:

The main epistemological problem of the specific understanding is: How can a man have any knowledge of the future value judgments and actions of other people? The traditional method of dealing with this problem, commonly

called the problem of the alter ego or *Fremdverstehen*, is unsatisfactory. It focused attention upon grasping the meaning of other people's behavior in the "present" or, more correctly, in the past. But the task with which acting man, that is, everybody, is faced in all relations with his fellows does not refer to the past; it refers to the future. To know the future reactions of other people is the first task of acting man. Knowledge of their past value judgments and actions, although indispensable, is only a means to this end (Mises, 1969:311).

This distinction between information and knowledge, especially with regard to the qualitative character of the latter, is important for games with incomplete information. In these cases, a nonzero probability is assigned to each strategy, so that games are solved with *expected* rather than *known* outcomes. That is, they are solved with an expected value much like an arithmetic mean. If strategy E_1 leads to possible outcome (10; 20), and there is a probability of 0.50 that a player chooses this strategy, then the expected outcome of E_1 is $(0.50 \cdot 10; 0.50 \cdot 20) = (5; 10)$.

This, however, highlights a problem within the Hayekian interpretation of spontaneous orders. These complex phenomena ultimately arise from the subjective valuations of different possible scenarios. However, subjective valuations are not measurable, which means that we cannot use expected values. In games with perfect information, this problem might be reduced if we focused on ordinal outcomes. For example, player 1's outcomes could be expressed as $(E_1; E_2) = (1^\circ; 2^\circ)$. This ordinal approach might be feasible for simple games, but more complex scenarios requiring an algebraic solution also suffer from the immeasurability of subjective value either. This problem, however, cannot be avoided in games with incomplete information. The problem, which seems inevitable, is that in the case of spontaneous orders, individual subjective valuations must be measured, but they cannot be quantified.

This, however, does not seem to be a problem to von Neumann and Morgenstern, who considered it possible to measure an individual's utility (*italics added*):

We feel, however, that one part of our assumptions at least –that of treating utilities as numerically measurable quantities– is not quite as radical as is often assumed in literature. We shall attempt to prove this particular point in the paragraphs which follow. It is hoped that the reader will forgive us for discussing only incidentally in a condensed form a subject of so great conceptual importance as that of utility. *It seems however that even a few remarks may be helpful, because the question of the measurability of utilities is similar in character to corresponding questions in the physical sciences* (Neumann & Morgenstern, 2004:16).

In fact, they found correspondence between this problem and problems involved in measuring temperature (italics added):

All this is strongly reminiscent of the conditions existent at the beginning of the theory of heat: that too was based on the intuitively clear concept of one body feeling warmer than another, yet there was no immediate way to express significantly by how much, or how many times, or in what sense.

[...]

The historical development of the theory of heat indicates that one must be extremely careful in making negative assertions about any concept with the claim of finality. *Even if utilities look very unnumerical today, the history of the experience in the theory of heat may repeat itself, and nobody can foretell with what ramifications and variations. And it should certainly not discourage theoretical explanations of the formal possibilities of a numerical utility* (Neumann & Morgenstern, 2004:16-17).¹²

Some pages later, Neumann and Morgenstern concluded that they feel free to make use of numerical measurable utility, saying “the preceding analysis made it clear that we feel free to make use of a numerical conception of utility” (Neumann & Morgenstern, 2004:29).

This serves as a clear point of contrast as indicated by the words of Mises that “so long as the subjective theory of value is accepted, *this question of*

measurement cannot arise” (Mises, 1981a:51, italics added). Some paragraphs later he continued to write:

But subjective valuation, which is the pivot of all economic activity, only arranges commodities in order of their significance; it does not measure this significance. And economic activity has no other basis than the value-scales thus constructed by individuals. An exchange will take place when two commodity units are placed in a different order on the value-scales of two different persons. In a market, exchanges will continue until it is no longer possible for reciprocal surrender of commodities by any two individuals to result in their each acquiring commodities that stand higher on their value-scales than those surrendered. If an individual wishes to make an exchange on an economic basis, he has merely to consider the comparative significance in his own judgment of the quantities of commodities in question. Such an estimate of relative values in no way involves the idea of measurement. An estimate is a direct psychological judgment that is not dependent on any kind of intermediate or auxiliary process (Mises, 1981a:51-52, italics added).

Independently of our belief in Neumann and Morgenstern’s argument that subjective value is like temperature in physics (the difference with economics being that the latter requires a proper thermometer), these two trends of economic thought -subjective valuation and objective measurement- are incompatible on this point. It is not that there are doubts regarding Neumann and Morgenstern’s mathematical approach to the problem, but there are doubts regarding the measurable interpretation of subjective value that they suggest. There may be cases where the measurement aspect is not a problem, but this is not the case for spontaneous orders in which addressing subjective value and utility is inevitable if we truly wish to explain the phenomenon under analysis.

This situation leaves us in an impasse. If we adopt the assumption of complete information to avoid the problem of measurability, then the game cannot be considered Hayekian. If we move toward an incomplete information game, then we cannot avoid the problem of measurable utility, which cannot

be considered Hayekian, either. However, if we wish to perform a more complete analysis, we should comment on the use of probability as well.

Following Rudolf Carnap, Mises divided the study of probability into two types, *class probability* and *case probability*:

There are two entirely different instances of probability; we may call them class probability (or frequency probability) and case probability (or the specific understanding of the sciences of human action). The field for the application of the former is the field of the natural sciences, entirely ruled by causality; the field for the application of the latter is the field of the sciences of human action, entirely ruled by teleology (Mises, 1996:107).

While class probability relates to the presence of frequency, that is, deterministic regularity in a class or set of events, case probability has to do with specific, teleological situations. In class probability, there exists information on the behavior of a group as a whole, but there is no information on the behavior of particular members of the group. Case probability, instead, relates to specific events rather than to behavior of the group as a whole. This, therefore, is the probability of economics and social sciences.

An insurance company, for example, deals with class probability. This company may know that in a given town or city, 5% of houses suffer damages due to fire burns in any given year, but this group-level information does not allow the company to infer that the probability of a specific house burning down in a year term is 5%. For this inference, it is necessary either to assume equiprobability across all members of the group or to perfectly know the probability distribution for each member. This could ultimately result in circular reasoning, since the probability of the group is determined by the probability of the members, which is inferred from the probability of the group.

Case probability, instead, deals with punctual cases that lack frequency. Using Mises' example, we can create a general class of events called "American presidential elections." However, when dealing with a specific case like the U.S. Presidential Election of 1944, we are actually focusing on a punctual, specific phenomenon that does not repeat, and so there is no frequency with

which to calculate its probability. That is, the case “U.S. President Election of 1944” is both a case and class in itself (Mises, 1996: 111).

The problem then is that case probability is not measurable in objective terms but rather consists in a subjective evaluation of the specific case. Case probability arises from the *verstehen* that a specific individual possesses, which implies that different individuals may assign different probability values to the same situation, even if they have the same information.

Continuing with Mises’s example, when we say that the likelihood that a particular presidential candidate wins the elections is 9:1, this statement is not to be understood as equivalent to the candidate having 9 of the 10 winning tickets of a lottery. The nature of the case is different, and so the analogy is not correct. This case requires an evaluation of the individual (Mises, 1996: 113-115).

This marks again a significant difference regarding incomplete information. Game theorists analyze games with incomplete information using class probability, while an Austrian approach argues that they should use case probability if they wish to understand such games in the context of spontaneous orders. This not merely a terminological problem insofar as subjective case probability cannot be made equivalent to a game that has incomplete information; in the latter case, players do not know what probabilities are assigned to other players, because information is incomplete by definition. We can add an embedded counter-assumption of perfect information for subjective case probability, but this clearly cannot be considered Hayekian, thus again indicating an incompatible difference between both traditions.

5. Spontaneous Orders

These topics of formalization and modeling, rationality and information and knowledge, indicate some of the general differences between Hayekian spontaneous orders and conventional economics with regard to game theory. In this section, we discuss differences more directly related to spontaneous orders.

One of the main aspects of a spontaneous order is its unintended and unpredictable evolution. A spontaneous order is an unintended consequence of human actions, as its emergence comes only with the help such an order may provide for individuals to attain their own ends. This is an important contrast with what Hayek called simple orders or *taxis* (artificial orders) and complex orders or *kosmos* (spontaneous orders) (*italics in the original*):¹³

One effect of our habitually identifying order with a made order or *taxis* is indeed that we tend to ascribe to all order certain properties which deliberate arrangements regularly, and which respect to some of these properties necessary, possess. Such orders are relatively *simple* or at least necessarily confined to such moderate degrees of complexity as the maker can still survey; they are usually *concrete* on the sense just mentioned that their existence can be intuitively perceived by inspection; and, finally, having been made deliberately, they invariably do (or at one time did) *serve a purpose* of the maker. None of these characteristics necessarily belong to a spontaneous order or *kosmos*. Its degree of complexity is not limited to what human mind can master. Its existence need not manifest itself to our senses but may be based on purely *abstract* relations which we can only mentally reconstruct. And not having been made it *cannot* legitimately be said to *have a particular purpose*, although our awareness of its existence may be extremely important for our successful pursuit of a great variety of different purposes (Hayek, 1983:38).

In game theory, the contrary usually happens. Games are solved by reaching equilibrium when players chose their strategies in order that a rational result is attained. In complex phenomena, spontaneous order appears unintentionally; in game theory, given the rules of the game and the rationalism assumed, the players expect and aim for the outcome. For Hayek, in contrast, spontaneous orders do not address a specific objective:

Most important, however, is the relation of a spontaneous order to the conception of purpose. Since such an order has not been created by an

outside agency, the order as such also can have no purpose, although its existence may be very serviceable to the individuals which move within such order (Hayek, 1983:39).

The fact that a spontaneous order does not respond to any specific aim changes the structure of the problem. In the process of maximization or during a search for a minimax, conventional economics assumes that an objective, that is, an individual's end, is given. However, the assumption of the ends as given reduces the problem to that of economization. The problem of subjective and unknown ends is assumed as solved. This is the reason why it is so important to distinguish between information and knowledge. If ends are given, then it is not necessary to coordinate and discover the different ends of different individuals, and we can leave out the qualitative aspect of knowledge. This is another example of the difference between the *homo economicus* of conventional economics and *human action* of the Austrian School. As Kirzner pointed out, the difference is not merely semantic, but rather it relates to a crucial aspect of the market order (italics added):

Human action encompasses the efficiency-seeking behavior typical of Robinsian economizers, but it also embraces an element which is by definition absent from economizing. Economizing behavior –or, more accurately, its analysis– necessarily *skips the tasks of identifying ends and means. The economizing notion by definition presupposes that his task (and its analysis) has been completed elsewhere* (Kirzner, 1973:34).

This difference between *economization* and *human action* is not unimportant, and it is what Mises was analyzing when he discussed the coordination of future expectations. As ends are not given, but are subjectively chosen by each individual, and the market is a spontaneous order without specific end, maximization loses significance. That is, the existence of a true optimum is not so clear, because ends are not given; thus, there is no single optimum anymore. According to Hayek:

Out of this fact arise certain intellectual difficulties which worry not only socialists, but all economists who want to assess the accomplishments of the market order; because, if the market order does not serve a definite order of ends, indeed if, like any spontaneously former order, it cannot legitimately be said to have particular ends, it is also not possible to express the value of the results as a sum of its particular individual products. *What, then, do we mean when we claim that the market order produces in some sense a maximum or optimum?* (Hayek, 1978:183, italics added).

This also helps to indicate a difference between spontaneous orders as a *process* and games as a final *equilibrium* situation.

The benefit of a spontaneous order like the market is that it allows individuals to obtain a higher level of welfare, which is clearly a better situation. However, maximization or optimization is related to specific ends through economization. This is not an appropriate term with which to discuss spontaneous orders. The optimum or maximum depends on the ends, which in spontaneous orders are not given.

The difference between Hayekian spontaneous orders and game theory is not only a matter of complete or incomplete information; also at issue is that spontaneous orders are neither a result nor a process derived from reason, while the results of game theory usually are.

Because spontaneous orders are complex phenomena, they possess a higher dimensionality and complexity than human reason can handle. However, given the constructivist rationalism upon which they are built, the dynamics and results of games are situated inside the frontier of human reason. If the result of a game depends on the rational behavior of the players, with or without complete information, then we cannot consider them spontaneous in a Hayekian sense. If these orders cannot be created or managed by reason, then they cannot be modeled either. If by definition reason cannot create a complex phenomena, like spontaneous orders, then it would be difficult for humans to model them without transforming them in *simple phenomena*.

For these reasons, we should not argue that human mind cannot create spontaneous orders but the rationality of a theorist can. The theorist can

comprehend the existence of spontaneous orders, can study their principal characteristics *ex post*, but cannot create or model them. Game theory is necessarily inside the boundaries of reason, for which limits are considerably narrower than the limits of complex phenomena. For these reasons, Hayek said that one of the problems in the realm of constructivist rationalism is the ignorance of its own limits:

But as its development is one of the great achievements of constructivism, so is the disregard of its limits one of its most serious defects. What it overlooks is that the growth of that mind which can direct an organization, and of the more comprehensive order within which organizations function, rest on adaptations to the unforeseeable, and that the only possibility of transcending the capacity of individual minds is to rely on those super-personal 'self-organizing' forces which create spontaneous orders (Hayek, 1983:54).

The limits of this constructivism can be seen in what happens with the context of a game insofar as it is assumed constant. Even if we build a game with a dynamic context, this variability cannot cross the limits of the reason that builds it. In spontaneous orders, the context does not only change, but it also evolves beyond the limits imposed by reason, just as languages evolve in an unpredictable way.

We now move to another important, distinctive aspect of spontaneous orders. In spontaneous orders, the order is not the only spontaneous aspect, but the *rules* upon which the order is built are spontaneous as well. Thus, there are two levels of spontaneity, as an unplanned spontaneous order is based on rules that were not planned or designed neither. Spontaneity is based on spontaneity. As such, it is not only that the order is not predictable, but the rules that lead to this order also escape the limits of reason. In Hayek's words (*italics added*):

The spontaneous character of the resulting order must therefore be distinguished from the spontaneous origin of the rules on which it rests, and it is possible that an order which would still have to be described as spontaneous

rests on rules which are entirely the result of deliberate design. In the kind of society with which we are familiar, of course, only some of the rules which people in fact observe, namely some of the rules of law (but never all, even of these) will be the product of deliberate design, *while most of the rules of morals and custom will be spontaneous growths* (Hayek, 1983:45-46).

This means that, in the context of game theory, the spontaneity of the result must be as spontaneous as the rules of the game. That is, the exogenous aspect of the model must be as spontaneous as the endogenous result.¹⁴ This forces an important challenge in game theory, namely, how to formalize spontaneous rules spontaneously and outside any rational model. If this is not possible, then the spontaneous process cannot be modeled. At this point, we should recall that, for Hayek, rationality does not lie not in the possibility to create rules so much as in the possibility to understand them. Vernon Smith suggested a similar diagnosis:

But when a design is modified in the light of test results, the modifications tested, modified again, retested, and so on, one is using the laboratory to effect an evolutionary adaptation as in the ecological concept of a rational order. If the final result is implemented in the field, it certainly undergoes further evolutionary change in the light of practice, and of operational forces not testes in the experiments because they were unknown, or beyond current laboratory technology. In fact this evolutionary process is essential if institutions, as dynamic social tools, are to be adaptive and responsive to changing conditions. *How can such flexibility be made part of their design? We do not know because no one can foresee what changes will be needed* (Smith, 2002:515, italics added).

The problem, then, is not only that the general rules that lead to an order are spontaneous but also that the specific changes in the evolution of these rules are unpredictable.

For every rule, a system exists that yields to the rule a role and place in this system. For artificial rules, this means that besides being limited by the

limits of reason that creates them, they can be created only if there is a previous set of norms. If we take this relationship in a regression back until the creation of the first artificial rule, we reach a situation in which there necessarily is a previous spontaneous set of norms. Each set of artificial norms must rest on another set of norms that were neither created by reason nor modeled. If this is so, then is beyond game theory to model the core of the spontaneous order problem, as it will ultimately presume the previous existence of the same norms it seeks to model.

A related aspect of the same problem is that not all rules that govern a spontaneous order are transmissible, where this also makes them unfeasible to be modeled. Even if this seems counter-intuitive, this characteristic can be clearly seen in one of the most common spontaneous orders: language. Small children, argued Hayek, learn to speak properly and correct grammatical errors of others, even if they are totally unaware of these rules (Hayek, 1978a:43).

This, of course, does not mean that individuals cannot comprehend the system of norms. Just as children learn to speak without been taught grammatical rules *ex ante*, the general norms of a spontaneous process can be transmitted even if they cannot be expressed. As in Mises' notion of *verstehen*, Hayek mentions that transmission between individuals also occurs through an understanding or *verstehen* of each individual's behavior:

We have yet to consider more closely the role which the perception of the meaning of other people's action must play in the scientific explanation of the interaction of men. The problem which arises here is known in the discussion of the methodology of the social sciences as that of *Verstehen* (understanding). [...] It includes what the eighteenth-century authors described as sympathy and what has more recently been discussed under the heading of 'empathy' (*Einfühlung*) (Hayek, 1978a:58, italics in the original).

In this respect, we can also identify resemblances of the Scottish tradition of understanding spontaneous orders by discovering the implicit rules of behavior in society. The words of Adam Smith regarding sympathy and death are suggestive:

And from thence arises one of the most important principles in human nature, the dread of death, the great poison to the happiness, but the great restraint upon the injustice of mankind, which, while it afflicts and mortifies the individual, guards and protects the society (Smith, 1982: 13).

Hayek followed this path and arrived at the next problem regarding the transmission of norms (*italics added*):

If everything we can express (state, communicate) is intelligible to others only because their mental structure is governed by the same rules as ours, *it would seem that these rules themselves can never be communicated* (Hayek, 1978:60-61).

What Hayek has conveyed is that those rules and structures that allow us to communicate cannot be communicated, because this presupposes the previous existence of such structures and rules. Regarding small children learning a language, how can the rules of language be transmitted to a child if he/she does not know language yet? How can the rules of a game and conventional rationality be transmitted to a player that is assumed to be irrational? Hayek highlighted the importance of this conclusion:

This seems to imply that in one sense we always know not only more than we can deliberately state but also more than we can be aware of or deliberately test; *and that much that we successfully do depends on presuppositions which are outside the range of what we can either state or reflect upon*. This application to all conscious thought of what seems obviously true of verbal statements seems to follow from the fact that such thought must, if we are not to be led into an infinite regress, *be assumed to be directed by rules which in turn cannot be conscious –by a supra-conscious mechanism* which operates upon the contents of consciousness but which cannot itself be conscious (Hayek, 1978a: 61, *italics added*).

In other words, the mind cannot create itself, and reason cannot auto-generate itself, because that presupposes the previous existence of reason itself. Thus, Hayek analyzed the limits of evolutionary rationalism in opposition to constructivist rationalism; following this line of thought, he even posited a possible parallel with Cantor's theorem concerning the latter's discussion of a set of rules or norms (Hayek, 1978a: 61, fn. 49).

This is relevant because it implies that there will always be a set of rules that cannot be transmitted by the system, because they constitute the system itself. In our case, this implies that there will always be a group of spontaneous rules or structures that serve as the foundation of the spontaneous order we are trying to formalize. If this foundation cannot be transmitted, then it cannot be modeled in game theory, either. The simple fact that, at any given time, we succeed at explaining and transmitting rules that we previously could not means that a superior system of rules or structures has already spontaneously developed. In this context, Hayek discussed the Gödel Theorem:

It is important not to confuse the contention that any such systems must always act on some rules which it cannot communicate with the contention that there are particular rules which no such system could ever state. All the former contention means is that there will always be some rules governing a mind which that mind in its then prevailing state cannot communicate, and that, *if it ever were to acquire the capacity of communicating these rules, this would presuppose that it had acquired further higher rules which make the communication of the former possible but which themselves still be incommunicable.*

To those familiar with the celebrated theorem due to Kurt Gödel it will probably be obvious that these conclusions are closely related to those Gödel has shown to prevail in formalized arithmetical systems. *It would thus appear that Gödel's theorem is but a special case of a more general principle applying to all conscious and particularly all rational processes, namely the principle that among their determinants there must always be some rules which cannot be stated or even be conscious.* At least all we can talk about and probably all we can consciously think about presupposes the existence of a framework which

determines its meaning, i.e., a system of rules which operate us but which we can neither state nor form an image of and which we can merely evoke in others in so far as they already possess them (Hayek, 1978a: 62, italics added).

This means that even if we can understand the existence of spontaneous orders, it is beyond our limits to formalize and model them completely. If not only the order is spontaneous but the rules that lead to this order are spontaneous as well, then the process cannot be modeled but in certain general aspects.

There is one more aspect that deserves at least a brief mention, namely *entrepreneurial alertness* as a discovery process. The entrepreneurial function plays a central role in the market process, and involves finding unsatisfied opportunities in the market and subjectively interpreting dispersed information. According to Kirzner, this entrepreneurial alertness can be found in all individuals (italics added):

I will argue that there *is present in all human action* an element which, although crucial to economizing activity in general, *cannot itself be analyzed in terms of economizing, maximizing, of efficiency criteria*. I will label this, for reasons to be made apparent, the entrepreneurial element (Kirzner, 1973:31).

This quote from Kirzner is important for two reasons. First, entrepreneurial alertness is to be found in any human action, not only in the specific decisions of managers or producers. It is present in decision processes and thus in every human action. Alertness implies the presence of a *verstehen* with regard to data and the decision-maker.

Second, as Kirzner said, entrepreneurial alertness is not compatible with the concepts of economization, maximization or efficiency. This indicates another difference with game theory, as the *minimax* principle is a particular case of maximization in the broad sense.

This is not merely a problem of terminology. The Austrian school understanding of entrepreneurial alertness as a discovery process involves

the idea of entrepreneurs seeing what the markets do not see, believing what others do not, going against the *status quo*, and against the model or structure as well. This alertness, which is a fundamental aspect of the market process as a spontaneous order, is by definition not susceptible to formalization in game theory.

Conclusions

The issues we have discussed comprise some, but surely not all, of the differences between game theory and Hayekian spontaneous orders. This does not imply that game theory is not to be useful in other areas or situations that can be expressed as a game. Yet, regardless of how complex a game is, its general structure does not allow it to display the central characteristics of spontaneous orders. The Hayekian concept of spontaneous order is simply not a complex game without a trivial solution; rather, it is not a game, and there is no solution in the sense that the term is used in game theory.

Just as individuals do not make decisions following indifference curves and firms do not make decisions following costs curves, spontaneous orders are not generated from analyzing different strategies using Bayesian probabilities or following a backward induction process. The assumptions usually present in game theory are not a simplification of the reality to be explained, but fall outside reality altogether. Furthermore, game theory assumptions are not in line with nor they represent the approach of Hayekian spontaneous orders, and hence it is not this kind of complex phenomenon what game theory is representing. Even if we agree that game theory represents advancement inside the conventional paradigm, it is still shares fundamental differences with the Austrian paradigm.

The fact that the assumptions upon which a spontaneous order is based are not feasible for modeling does not imply that spontaneous orders cannot be logically analyzed. Although game theory does present a more interesting approach to economic problems than Walrasian equilibriums and it can be useful to think about certain problems, it does not avoid the general problems

associated with the use of mathematics in economics. René Thom, the French mathematician renowned for his work on catastrophe theory, concluded that the assumptions used to build models that allow for foresight are much narrower than usually realized (Thom, 1984:151-152;1979).

The problem with paradigmatic changes is that nothing guarantees that the new paradigm will be superior or better than its predecessor was. While the Austrian School could be considered a continuation of the Scottish tradition insofar it studies social phenomena as spontaneous orders, conventional economics represents a distinct approach to economic problems; this is the origin of their differences.

NOTES

- 1 Neumann & Morgenstern (2004:1-2).
- 2 in Kresge & Wenar (1994:148).
- 3 The problem of dispersed knowledge had already been detected by Mises in the socialist calculation debates of the 1920's, specifically in his book *Socialism* (1922). See also Yeager (1994).
- 4 Another often-cited example in game theory involves Spanish conqueror Hernán Cortez when he reached Mexico. Given that the Aztecs outnumbered Cortez' troops, the Spanish army had a strong incentive to flee battle. However, Cortez decided to burn his ships so as to leave no doubt to his troops that the better strategy was to fight for their lives with the utmost conviction (Ross, 2008).
- 5 This distinction does not mean that the group that Mises calls "mathematical catallactics" does not use logic or is illogical; he is simply trying to emphasize the differences between the two groups.
- 6 For a study on the problems of mathematical economics see Cachanosky (1985) and (1986).
- 7 The mathematical symbol "x," for example, does not possess any specific meaning. Only when it is related to the symbol "*apple*," for example, does "x" acquire a concrete meaning, that is, the one corresponding to the symbol "*apple*."
- 8 Some authors consider players in game theory to be *more* than rational. Cf. Foss: "Moreover, the players that populate game theory models come equipped with even more knowledge and rationality than has been standard fare in mainstream economics" (2000:42).
- 9 In a Pareto optimal situation none of the participants can improve his situation without worsening the situation of another; that is, there are no idle resources. In a Nash equilibrium, none of the players wants to change his strategy given that he knows the strategy chosen by the others. The Nash equilibrium strategy is both the best individual and group

response, that is, all decisions are the best possible responses to all other decisions. A Nash equilibrium may or may not be Pareto optimal, as in the case of the Prisoner's dilemma, where the two prisoners decide not to collaborate but both would be better off if they do collaborate.

A Bayesian, or Bayesian-Nash equilibrium, corresponds to a game where some information, i.e. the payoffs of some strategies for some player, is incomplete. Such games are solved using Bayesian probabilities. The absence of information is dealt with by applying a Bayesian rule to solve the game using given probability values. The same logic of the Nash equilibrium applies, with the difference that in this case it is with respect to expected payoffs.

- 10 See also Mises (1944).
- 11 See also Mises (1969:14.3).
- 12 This analogy is still taught in modern economic textbooks, see for example Parkin (2010:186, 192).
- 13 Actually, Hayek recognized that some spontaneous orders could be simple, but created complex orders are not possible given the limits of reason.
- 14 Although there exist meta-games and mechanisms of design, ultimately there are exogenous and known rules. The problem of spontaneous rules is not solved but passed on to another game.

REFERENCES

- Cachanosky, J. C., 1985, "La Ciencia Económica vs. la Economía Matemática I", *Libertas* 2 (3):133-178.
- Cachanosky, J. C., 1986, "La Ciencia Económica vs. la Economía Matemática II", *Libertas*, 3 (4):69-101.
- Devlin, K., 2002 [1998], *El Lenguaje de las Matemáticas*, (P. Crespo Transl.), Barcelona: Robinbook.
- Foss, N. J., 2000, "Austrian Economics and game theory: A Stocktaking and an Evaluation", *The Review of Austrian Economics* 13 (1):41-58.
- Gallo, E., 1987, "La Tradición del Orden Social Espontáneo," *Libertas* 4 (6):131-153.
- Hayek, F. A., 1948, *Individualism and Economic Order*, South Bend: Gateway Editions.
- Hayek, F. A., 1978a [1967], *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, London and Henley: Routledge & Kegan Paul.
- Hayek, F. A., 1978, *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, Chicago: The University of Chicago Press.

- Hayek, F. A., 1980 [1976], *Desnacionalización de la Moneda*, Buenos Aires: Fundación Bolsa de Comercio de Buenos Aires.
- Hayek, F. A., 1983 [1973], *Law, Legislation and Liberty. Volume I*, Chicago: The University of Chicago Press
- Hayek, F. A., 1990 [1988], *La Fatal Arrogancia. Los Errores del Socialismo*, Madrid: Unión Editorial.
- Kirzner, I. M., 1973, *Competition & Entrepreneurship*, Chicago: The University of Chicago Press.
- Kirzner, I. M., 1976 [1960], *The Economic Point of View*, Kansas City: Sheed and Ward, Inc.
- Kresge, S., & Wenar, L. (Eds.), 1994, *Hayek on Hayek*, London: Routledge.
- Mankiewicz, R., 2005 [2000], *Historia de las Matemáticas. Del cálculo al caos*, M. Jorba, R. Molina, J. Trejo Alvarez y M. A. Galmarini (Trad.), Barcelona: Paidós.
- Mises, L. von, 1981a [1912], *The Theory of Money and Credit*, (H. E. Batson, Trans.) Indianapolis: Liberty Fund.
- Mises, L. von, 1981[1933], *Epistemological Problems of Economics*, New York and London: New York University Press.
- Mises, L. von, 1996 [1949], *Human Action: A Treatise on Economics*, New York: The Foundation for Economic Education.
- Mises, L. von, 1944, "The Treatment of "Irrationality" in the Social Sciences", *Philosophy and Phenomenological Research*, 4 (4):527-546.
- Mises, L. von, 1962 [1922], *Socialism*, New Haven: Yale University Press.
- Mises, L. von, 1969 [1957], *Theory and History*, New Rochelle: Arlington House.
- Mises, L. von, 1976 [1962], *The Ultimate Foundation of Economic Science. An Essay on Method*, Kansas City, United States: Sheed Andrews and McMeel, Inc.
- Morgenstern, O., 1972, "Thirteen Critical Points in Contemporary Economic Theory: An Interpretation", *Journal of Economic Literature*, 10 (4):1163-1189.
- Morgenstern, O., 1976, "The Collaboration Between Oskar Morgenstern and John von Neumann on the Theory of Games", *Journal of Economic Literature* 14 (3):805-816.
- Neumann, J. von & Morgenstern, O., 2004 [1944], *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton and Oxford: Princeton University Press.
- Parkin, M., 2010, *Economics*, Addison-Wesley.
- Plato, 1931, *The Dialogues of Plato*, B. Jowett (ed.), Oxford: Oxford University Press.
- Ravier, A. y Fernández, F., 2007, *La Escuela Austríaca en el Siglo XXI*, Vol. I, Buenos Aires y Rosario: Fundación Bases y Fundación Hayek.

- Ross, D., 2008, "Game Theory", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Fall Edition, Edward N. Zalta (ed.), disponible en <http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/game-theory/>
- Smith, A., 1982 [1759], *The Theory of Moral Sentiments*, Indianapolis: Liberty Fund.
- Smith, V. L., 2002, "Constructive and Ecological Rationality in Economics", *Nobel Prize Lecture*.
- Thom, R., 1980, "At the Boundaries of Man's Power: Play", *SubStance*, 8 (4):11-19.
- Thom, R., 1984 [1979], "Matemática y Teorización Científica", en *Pensar la Matemática*, Bidón-Chanal, C. Transl., Madrid: Tusquets Editores.
- Yeager, L. B., 1994, "Mises and Hayek on Calculation and Knowledge", *The Review of Austrian Economics*, 7 (2):93-109.
- Zanotti, G., 2007, "Mises y Hayek sobre el conocimiento", en Ravier, A. y Fernández, F. (eds), *Op. Cit.*, pp.35-37.

INSEGURIDAD JURÍDICA EN LA ARGENTINA: EL CONFLICTO ENTRE LOS PRINCIPIOS ECONÓMICOS Y LAS DOCTRINAS JURÍDICAS*

*Martín Krause***

Resumen: Un elemento esencial de buen desempeño económico es la vigencia del derecho y la seguridad jurídica. La baja calidad institucional que ocasiona la inseguridad jurídica tiene un fuerte impacto en la economía, principalmente a través de una reducción de las inversiones. Como lo demuestra el caso argentino, la inseguridad jurídica puede ser afectada tanto por el número de normas jurídicas como por su calidad. En este trabajo analizo algunas normas y fallos judiciales en la Argentina relacionados con la emergencia económica, el valor de la moneda, las tasas de interés, el contenido de los contratos y las relaciones laborales. Sostengo que esas normas han contribuido a consolidar una marcada inseguridad jurídica que tiene o ha tenido un efecto negativo sobre el funcionamiento de la economía.

Introducción

La economía institucional busca explicar la relación causal entre ciertas instituciones y el crecimiento económico. Estas instituciones son aquellas que protegen en forma efectiva derechos individuales básicos como el derecho a la vida, la libertad de opinión, la libertad de movimiento, el derecho de propiedad y la libertad contractual (North, 1993).

* Versión revisada y actualizada del trabajo homónimo preparado para el Foro de Estudios en Administración de Justicia, Buenos Aires, 2008.

** Doctor en Administración (UNLP). Secretario de Investigaciones, ESEADE. Director del CIIMA/ESEADE. Profesor Titular de Economía (UBA/ESEADE). Email: martin@eseade.edu.ar

Para que las economías prosperen es necesario que exista un marco jurídico de normas y condiciones que permitan al mercado funcionar bien. En términos básicos, son tres las condiciones fundamentales que señalara oportunamente David Hume (1739): la estabilidad en la posesión (derecho de propiedad), su transferencia por consentimiento (libertad contractual) y el cumplimiento de las promesas.

Llamamos “instituciones” a las normas que nos permiten coordinar las acciones de los individuos en la sociedad, las que nos dan previsibilidad respecto a las acciones de los demás:

Las costumbres y prácticas dan origen a expectativas, que a su vez guían las acciones de la gente, por lo que esas prácticas que la gente espera observar es lo que, a menudo, se reconoce como ley. La autoridad de (o el apoyo a) un sistema legal deriva en última instancia de un sentimiento de que es “correcto” debido a que verifica las expectativas. Desde esta perspectiva de la autoridad resulta claro que los acuerdos recíprocos son la fuente básica de reconocimiento del deber de obedecer la ley... (Benson, 1989: 645).

Las instituciones, normas, o convenciones, pueden ser de dos tipos: formales e informales. Las informales son aquellas que normalmente asociamos con la “cultura” y las normas éticas, las que se transmiten de generación en generación por medio de la enseñanza y el aprendizaje.

La diferencia entre limitaciones informales y formales es de grado. Imaginemos un continuum de tabúes, costumbres y tradiciones en un extremo y en otro, constituciones escritas. La marcha, larga y dispareja, de tradiciones y costumbre no escritas a leyes escritas ha sido unidimensional conforme nos hemos movido de sociedades menos complejas a más complejas, y está claramente relacionada con la creciente especialización y división del trabajo asociada con sociedades más complejas (North, 1993:66).

Su objetivo, en última instancia, sería ahorrar costos de información en relación con las actitudes de terceros. Para que las relaciones sociales sean

ordenadas, los actores deben poder formarse expectativas con cierta probabilidad de ser correctas sobre las acciones de otros, deben poder comprobarlo y permitirle ajustarlas a las nuevas circunstancias. Desde este punto de vista las instituciones son mecanismos de comunicación por medio del cual un individuo, ajustándose a cierta norma o institución, envía información hacia los demás para que estos puedan guiar sus acciones que tengan que ver con el emisor.

Un elemento central de la calidad institucional es la seguridad jurídica. El concepto de “Seguridad jurídica” no es fácil de definir. En términos generales podríamos decir que es el resultado que obtiene un sistema legal generando un conjunto de normas formales que permite coordinar las acciones de los individuos en sociedad, dando previsibilidad a sus actos (North, 1993).

“Seguridad jurídica” no es lo mismo que “estabilidad jurídica”. Esta última es imposible, ya que las normas legales cambian en forma constante. Hay un constante “flujo” de normas que reemplaza, modifica o se agrega al “stock” de normas necesariamente existente. Siendo que la complejidad de la sociedad crece en tanto se multiplican sus componentes y las posibilidades de interacción entre sí, podríamos suponer que existe una demanda de normas que lleva a un stock creciente. La multiplicación de relaciones sociales aumentaría en ese caso la tarea de los jueces quienes deberían resolver cada caso por separado. La existencia de mayor número de normas formales reduciría esos costos de adjudicación (Fon y Parisi, 2007).

Estas variables son específicamente consideradas en el Índice de vigencia del derecho” (*Rule of Law*) elaborado por el Banco Mundial (Kaufmann, Kraay & Mastruzzi, 2008) que ubica a la Argentina por detrás de Burkina Faso, Armenia y Djibouti, apenas precediendo a Vietnam, Etiopía y Uganda. En cuanto al más abarcador concepto de “calidad institucional”, el Índice de calidad institucional (ICI) (Krause, 2009) nos permite evaluar el posicionamiento relativo de la Argentina. El ICI es un índice compuesto que se obtiene agregando las posiciones porcentuales de los países en ocho indicadores elaborados por distintos institutos. Los indicadores son: Vigencia del Derecho, Voz y Rendición de Cuentas, y Haciendo Negocios (Banco Mundial); Percepción de la Corrupción (*Transparency International*), Libertad

de Prensa (*Freedom House*), Competitividad Global (Foro Económico Mundial); Libertad Económica en el Mundo (*Fraser Institute*) y Libertad Económica (*Wall Street Journal/Heritage Foundation*).

En el último informe del ICI, la Argentina ocupa el puesto N° 27 entre treintiseis países del hemisferio americano y el N° 11 entre veinte países latinoamericanos, con una tendencia descendente.¹ Analizaremos las causas de esta situación en las próximas secciones.

Seguridad jurídica e inversiones

La calidad institucional puede verse gravemente afectada tanto por la cantidad como por la calidad de las normas. A lo que habría que agregar un tercer componente: su efectivo cumplimiento y la eficiencia del sistema judicial que permita la vigencia efectiva de los derechos.²

En el trabajo “Justicia y desarrollo económico” (Consejo Empresario Argentino, 1999) se destaca como incidencia del sistema judicial en la economía su impacto sobre la inversión, más elevadas tasas de interés, encarecimiento de las compras del sector público, aumento de la impunidad y la evasión, mayor centralismo económico. Tomemos el caso de la inversión, particularmente de la inversión extranjera directa (IED):

Hay varias razones por las que la calidad de las instituciones puede ser importante para atraer IED. Una de ellas se basa en los resultados de la literatura sobre el crecimiento: al elevar las perspectivas de productividad, una buena infraestructura de gobernabilidad puede atraer a inversores externos. Una segunda razón es que las malas instituciones pueden ocasionar costos adicionales a la IED. Este puede ser el caso de la corrupción, por ejemplo (Wei, 2000). Una tercera razón es que, debido a los altos costos hundidos, la IED es especialmente vulnerable a cualquier forma de incertidumbre, incluyendo la que proviene de una baja eficiencia gubernamental, cambios de políticas, sobornos o débil protección de los derechos de propiedad y del sistema jurídico en general (Bénassy-Quéré *et al.*, 2007:764).

Según datos de la UNCTAD (2009) la Argentina, con un promedio de IED de 3.126 millones de dólares para el período 1970-2005, se encuentra bastante lejos de Brasil y México. Además, en los últimos años ha sido desplazada del tercer lugar en América Latina por Chile y Colombia, países que en el período mencionado muestran un promedio de 1.911 y 1.264 millones de dólares respectivamente, pero que en el período 2004-2008 trepan a 10.552 y 7.907 millones de dólares, contra 5.874 de la Argentina (Cepal, 2009:27). En este último período la diferencia con Brasil y México se ha incrementado, pues México atrajo en promedio 22.616 millones, y Brasil 26.328 millones (45.058 millones durante 2008). Esto significa que si en el período 1970-2005 la Argentina recibió el 41% de la inversión que recibió Brasil y el 44% de lo que recibió México, en el período 2004-2008 ha recibido el 22,31% de lo que recibió el primero, y el 25,97% de lo que recibió el segundo.

La lejanía respecto a México y Brasil y la pérdida de posiciones respecto a Chile y Colombia tienen que ver con el deterioro institucional y la falta de seguridad jurídica en la Argentina en comparación con estos países pese, incluso, a los problemas de seguridad interna que presenta Colombia.

No solamente la Argentina es el país que más ha reducido el monto de recepción de IED, si tan sólo hubiera mantenido la relación porcentual que tenía con Brasil (41%) y México (44%) durante el período 1970-2005, en el período 2004-2008, hubiese recibido unos 10.000 millones de dólares anuales de IED, en lugar de los 5.874 millones, es decir, la Argentina perdió unos 4.000 millones de dólares cada año.

Cantidad y calidad de las normas

Distintos autores (Olivera, 1999; Epstein, 2005) han asociado el número de normas legales con la seguridad jurídica, aseverando que un número de normas más allá de un determinado punto de equilibrio genera una sobreprovisión, que resulta en inseguridad. En palabras de Olivera:

Como los demás bienes, el Derecho está subordinado al Principio de Utilidad marginal Decreciente o Primera Ley de Gossen. Cuanto mayor el número de normas, tanto más difícil resulta su conocimiento y correcta interpretación. La incerteza sobre el Derecho limita la creación de certeza por medio del Derecho (Olivera, 1999:15).

La utilidad marginal del derecho se contrapone con un costo marginal creciente en términos de libertad lo que resulta en un equilibrio del orden jurídico, en el cual utilidad marginal y costo marginal se igualan. Olivera, haciendo referencia a Adam Smith, sostiene que de la misma forma que “el precio de mercado se mantiene por encima del equilibrio más que debajo de él... Un fenómeno semejante se presenta al equilibrio jurídico” (Op. Cit.: 17).

Si el mercado se encontrase por debajo del precio de equilibrio el exceso de demanda se cubriría por normas contractuales, formales o informales, acordadas por las partes. Si se encontrase por encima, el exceso de normas se ajustaría “de facto” sin corregir las normas, simplemente incumpléndolas. Esta podría ser una proposición comprobable considerando los niveles de economía informal; el problema para su verificación, no obstante, adquiere un grado de complejidad mayor debido a que la informalidad es resultado tanto de la ausencia de normas formales (derechos de propiedad claramente definidos, por ejemplo) como de su exceso, que lleva a muchos productores a los mercados informales (De Soto, 2001).

¿Cuáles son las fuerzas que impulsan al mercado a este desequilibrio? Olivera menciona algunas: “Si es por exceso el desequilibrio, el Derecho será desvirtuado por factores reales de poder. La influencia política, la fuerza, la corrupción, crearán una disparidad entre el ámbito de vigencia formal del Derecho y su acatamiento efectivo” (1999: 16).

Esta es la descripción característica de la literatura de la “búsqueda de rentas” (*rent seeking*), la presión de los grupos de interés por obtener legislación que los favorece en detrimento del resto. En situaciones del tipo del “dilema del prisionero”, cada grupo “compra” normas que lo favorecen sin tener en cuenta el costo que imponen al conjunto, terminando todos en una

situación peor en tanto los costos originados por los privilegios del resto son superiores a los beneficios obtenidos por el propio.

La “búsqueda de rentas” describe una situación en la cual una minoría obtiene privilegios (palabra que proviene de “*privi leges*”, ley privada) a costas de la mayoría. Pero no es ésta la única demanda de normas existentes. La escuela de la elección pública (*Public Choice*) también ha señalado la otra fuente, cuando los políticos aseguran su reelección proveyendo legislación que beneficia a la mayoría en perjuicio de la minoría.

Bastiat (2004:195) señalaba ya estas dos posibilidades, a las que daba el nombre de “explotación parcial” (una apropiación por parte de la minoría de bienes pertenecientes a la mayoría) y “explotación universal” (el caso inverso) y agregaba una tercera, la única que sería un control para el desequilibrio por exceso, la llamaba “ausencia de explotación”. No hay una demanda de menos normas, sino una competencia de minorías y mayorías para obtener sus propias explotaciones.

El éxito de la “explotación universal” es simple: la democracia es el gobierno de la mayoría. El de la “explotación parcial” ha sido explicado como un problema de acción colectiva: los beneficios se encuentran concentrados en unos pocos, los costos se reparten entre muchos ninguno de los cuales tiene un incentivo suficientemente fuerte para oponerse al privilegio (Olson, 1992).

Probablemente la calidad de las normas sea más preocupante como fuente de inseguridad jurídica que la cantidad. Después de todo, puede haber una sola norma que genere una completa inseguridad al mismo tiempo que pueden existir una cantidad de normas relativamente inocuas. Veamos una norma de alto impacto en la seguridad jurídica, la emergencia económica.

Emergencia económica

En la Argentina, la continuación del estado de emergencia económica, aprobado anualmente en ocasión de la sanción de la ley de presupuesto, ratifica la existencia de un sistema de normas basado en tres órdenes diferentes. El

primero de ellos es el “orden constitucional formal”, sustentado en el texto de la Constitución de 1853, sus posteriores reformas, y las leyes formales; el segundo es el “orden normativo informal” que rige buena parte de las acciones de los argentinos, y que no se encuentra codificado; el tercero es el “orden constitucional de emergencia”.

El ciudadano argentino, por lo tanto, se mueve bajo esos tres órdenes jurídicos diferentes. Formalmente está sujeto al “orden constitucional” y las normas que de él emanan, muchas de las cuales están reñidas con los principios constitucionales básicos y generan la informalidad a la que se hiciera referencia. Ese orden formal, sin embargo, no rige en forma completa sino que es reemplazado por el orden constitucional de “emergencia”, el cual no ha sido el fruto de ninguna convención constituyente sino de las decisiones que toma el Poder Ejecutivo, avaladas luego por la Suprema Corte. Ese orden de emergencia, suspende o elimina los derechos establecidos en el orden constitucional formal y, en la medida que las emergencias se suceden unas a otras, se convierte en el orden normativo predominante.

El fallo del caso *Galli* es un ejemplo del aval de la doctrina jurídica al desarrollo del orden constitucional de emergencia prevaleciente. Hugo Gabriel Galli y Silvia Concepción Attardi solicitaron un amparo para que se declare la inconstitucionalidad de actos, normas y circulares que vulneran su derecho de propiedad, al modificarse la moneda de los bonos públicos en su posesión. Los actuantes se dirigían aquí al “orden constitucional formal”, pero se encontraron con que el Procurador General y luego la Corte defendieron el orden de emergencia. La Cámara, en su oportunidad, había fallado a favor de los demandantes, haciendo mención que al modificar compulsiva y unilateralmente las obligaciones, el Estado había violado el derecho de propiedad consagrado en el art. 17 de la Constitución Nacional. Pero la Corte aceptó el argumento del recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional, según el cual “por aplicación de la doctrina de la emergencia, el decreto 471/02 es constitucionalmente válido”, a pesar de no hacer ninguna referencia a una disposición constitucional que validara tal decisión.³ En realidad, la Constitución solamente considera emergencias “civiles”, para las que dispone instrumentos como la intervención federal y el estado de

sitio, pero no “económicas” (Art. 75, inc. 31). A pesar de esta limitación constitucional, la ley 25.561 promulgada el 6 de Enero de 2002, declaró el estado de emergencia pública nacional en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria.

Como el estado de crisis es el que genera la situación de emergencia, es necesario analizar las características de aquello que se considera una crisis. Al respecto, el Procurador General señaló:

Cabe recordar sobre el punto, que la legislación de emergencia responde al intento de conjurar o atenuar los efectos de situaciones anómalas, ya sean económicas, sociales o de otra naturaleza, y constituye la expresión jurídica de un estado de necesidad generalizado, cuya existencia y gravedad corresponde apreciar al legislador sin que los órganos judiciales puedan revisar su decisión ni la oportunidad de las medidas que escoja para remediar aquellas circunstancias, siempre, claro está, que los medios arbitrados resulten razonables y no respondan a móviles discriminatorios o de persecución contra grupos o individuos.⁴

Se define a la crisis como “situaciones anómalas, ya sean económicas, sociales o de otra naturaleza”. No obstante, sería necesario que se pudiera diferenciar entre situaciones anómalas “exógenas” y “endógenas”. Las primeras hacen referencia a situaciones donde la causa de la crisis es ajena a la voluntad del gobierno, como puede ser una tragedia natural o un ataque terrorista. El reconocer una crisis como resultado de estos fenómenos no traería conflictos jurídicos, en tanto y en cuanto se cumplieran los principios mencionados por el Procurador respecto a que los medios arbitrados sean razonables y no respondan a móviles discriminatorios contra grupos o individuos.

Pero las crisis “endógenas” plantean un problema muy diferente. Éstas son las que se producen como resultado del mismo accionar gubernamental, e incluyen casi todas las experimentadas en este país en los campos económico y social. La crisis, entonces, daría pie al desarrollo del “orden constitucional de emergencia” y su aludido poder para reglamentar derechos:

A fin de evitar repetir conceptos muy conocidos, sólo cabe indicar que desde sus orígenes el Tribunal ha señalado que los derechos declarados por la Constitución Nacional no son absolutos y están sujetos, en tanto no se los altere sustancialmente, a las leyes que reglamenten su ejercicio (art. 28 de la Ley Fundamental), así como que tales restricciones pueden ser mayores en épocas de emergencia en aras de encauzar la crisis y de encontrar soluciones posibles a los hechos que la determinaron.

La Corte ha dicho que el gobierno está facultado para sancionar las leyes que considere convenientes, siempre que tal legislación sea razonable y no desconozca las garantías o las restricciones que impone la Constitución, pues no debe darse a las limitaciones constitucionales una extensión que trabe el ejercicio eficaz de los poderes del Estado (Fallos: 171:79), toda vez que acontecimientos extraordinarios justifican remedios extraordinarios (Fallos: 238:76).

Es necesario recordar que el artículo 28 de la Ley Fundamental nada dice respecto al carácter absoluto o no de los derechos sino simplemente que “los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. Bien podría darse la interpretación contraria, no obstante lo cual la Corte Suprema ha continuado con su interpretación sobre el carácter “relativo” de los derechos y los ha hecho más relativos aún con motivo de una crisis. Habiéndose eliminado las restricciones al poder que provendrían de una aplicación más literal del mencionado artículo y las que remueve el estado de crisis, entonces, como menciona el segundo párrafo, el gobierno está facultado a dictar las leyes que considere convenientes, cuya única limitación son estos “bordes” ahora reducidos a una mínima expresión. Dentro de esa definición, prácticamente toda norma puede encontrar su justificación dentro del “orden constitucional de emergencia”. La inseguridad jurídica que se sigue de estas decisiones es inevitable.

Se podrán mencionar instancias similares en otros países en los que esta doctrina se ha desarrollado, en particular los Estados Unidos, pero es necesario tener en cuenta que la generalización de un vicio no lo convierte

en una virtud. Higgs y Twight (1987) señalan que, luego de varias décadas de supuestas “emergencias”,⁵ en 1973 el Senado de los EEUU creó un Comité Especial para la Terminación de la Emergencia Nacional, que luego informaba:

Estas proclamaciones dan fuerza a 470 estipulaciones de la ley federal..., que en su conjunto, confieren suficiente autoridad para gobernar el país sin referencia a procesos constitucionales normales. Bajo los poderes delegados por estos estatutos, el Presidente puede: requisar propiedades; organizar y controlar los medios de producción; requisar productos; asignar fuerzas militares en el exterior; instituir la ley marcial; tomar y controlar todos los transportes y las telecomunicaciones; regular la operación de las empresas privadas; restringir los viajes; y en una plétora de formas distintas, controlar las vidas de todos los ciudadanos norteamericanos (citado en Higgs y Twight, 1987).

El resultado del trabajo de este Comité fue la sanción de dos leyes importantes: la Ley de Emergencias Nacionales (NEA, en inglés), y la Ley de Poderes Económicos para Emergencias Internacionales (IEEPA, en inglés). Trataban con ellas de reafirmar el control del Congreso sobre la autoridad gubernamental en emergencias, ya que todas las emergencias nacionales tienen un límite máximo de dos años luego de los cuales su declaración está sujeta a estrictos requisitos garantizando una revisión parlamentaria de los decretos de emergencia. No obstante lo cual, al poco tiempo la Corte decidió⁶ que el Congreso no puede utilizar la resolución de una sola de las Cámaras o ningún otro método (como una resolución conjunta) que no cumpla con los requerimientos completos para la sanción legislativa, y más tarde aprobó⁷ amplios poderes al presidente para bloquear fondos iraníes y luego para garantizar su retorno a Irán, anulando ciertas provisiones de algunas cortes norteamericanas, como parte de las negociaciones para el retorno de rehenes (Higgs & Twight, 1987).

Curiosamente, el voto de los jueces argentinos Zaffaroni y Lorenzetti en el caso *Galli* reconoce que:

(...) la legislación de emergencia debe tener un plazo para que se produzca su propia extinción, pero su prórroga y su reiteración han inutilizado los mecanismos de autodestrucción y han alimentado los que permiten su conservación. De tal modo la excepción se ha convertido en regla, y los remedios normales han sido sustituidos por la anomalía de los remedios.

(...) esta fundamentación de la regla de derecho, debilita el compromiso de los individuos con las leyes y los contratos, ya que la emergencia permanente destruye todo cálculo de riesgos, y restringe el funcionamiento económico.

(...) el derecho es experiencia y ella nos enseña de modo contundente que la emergencia reiterada ha generado más emergencia e inseguridad.

(...) la Constitución y la ley deben actuar como mecanismos de precompromiso elaborados por el cuerpo político con el fin de protegerse a sí mismo contra la previsible tendencia humana a tomar decisiones imprudentes. Quienes redactaron nuestra Constitución sabían lo que eran las emergencias ya que obraron en un momento en que la Nación misma estaba en peligro de disolución, pero decidieron sujetarse rígidamente a una Carta Magna con el propósito de no caer en la tentación de apartarse de ella frente a necesidades del momento.

Un sistema estable de reglas y no su apartamiento por necesidades urgentes es lo que permite construir un Estado de Derecho.

La contundencia de tales argumentos, no obstante, no llevó a estos jueces a votar en forma distinta a la del resto de los miembros, pero dicha contradicción no disminuye la fuerza de los mismos. Hay allí una expresa referencia a los perjuicios que ocasiona el “orden constitucional de la emergencia”, mencionado como la “emergencia permanente”, el impacto que tiene en la seguridad jurídica y en el funcionamiento económico.

La profusión de acciones gubernamentales y normas formales mucho más allá de las áreas que la Constitución otorgaba a la tarea legislativa y a las acciones regulatorias del gobierno, fue justificada no en el ordenamiento constitucional formal original sino en el nuevo ordenamiento basado en la emergencia. Esta expansión normativa generó, a su vez, el ordenamiento informal que la elude. El de emergencia suplanta al original y el informal elude al de emergencia.

De esa forma, los argentinos viven bajo tres sistemas jurídicos distintos, y cada emergencia sucesiva los aleja más del orden constitucional original.

El valor de la moneda

La moneda es una institución fundamental para el funcionamiento de la sociedad y la coordinación de las acciones de los distintos individuos como así también de las acciones de un mismo individuo en el tiempo. Su función básica es la de medio de intercambio, facilitando todo tipo de transacciones que son la esencia de la actividad económica y permitiendo el cálculo económico a través de su capacidad de ofrecer una unidad de cuenta común. Por lo tanto, el tratamiento jurídico de la moneda debería ser sumamente cuidadoso, comprendiendo que se puede estar afectando el fluido vital que mantiene a la sociedad en funcionamiento.

En un artículo publicado originalmente en 1892, Carl Menger (1985:212) se preguntaba:

Filósofos, juristas e historiadores, al igual que economistas, e incluso naturalistas y matemáticos, se han ocupado de este notable problema, y no hay pueblo civilizado que no haya aportado su cuota en la abundante bibliografía que sobre él existe. ¿Cuál es la naturaleza de esos pequeños discos o documentos que en sí mismos no parecen servir a ningún propósito útil y que, sin embargo, en oposición al resto de la experiencia, pasan de mano en mano a cambio de mercancías más útiles, más aun, por los cuales todos están tan ansiosamente dispuestos a entregar sus productos? ¿Es el dinero un miembro orgánico del mundo de las mercancías o es una anomalía económica? ¿Debemos atribuir su vigencia comercial y su valor en el comercio a las mismas causas que condicionan los de otros productos o son ellos el producto preciso de la convención y la autoridad?

Menger descarta que el origen de las monedas sea una convención o una ley, ya que “presupone el origen pragmático del dinero y de la selección

de esos metales, y esa presuposición no es histórica”. Aunque parezca alejado el tema por estar considerando una moneda metálica, por cierto es que los principios que hacen a una buena moneda, aquella que ha sido seleccionada por la gente para ser utilizada, son los mismos. Por lo que una moneda será aceptada dependiendo:

1. Del número de personas que aún necesitan la mercancía en cuestión y de la medida y la intensidad de esa necesidad, que no ha sido satisfecha o que es constante.
2. Del poder adquisitivo de esas personas.
3. De la cantidad de mercancía disponible en relación con la necesidad (total), no satisfecha todavía, que se tiene de ella.
4. De la divisibilidad de la mercancía, y de cualquier otro modo por el cual se la pueda ajustar a las necesidades de cada uno de los clientes.
5. Del desarrollo del mercado y, en especial, de la especulación; y por último,
6. Del número y de la naturaleza de las limitaciones que, social y políticamente, se han impuesto al intercambio y al consumo con respecto a la mercancía en cuestión. (Menger, 1985: 218).

La enseñanza básica de Menger es que la moneda habrá de mantener una relación clara con la cantidad de productos que se intercambien en los centros de trueque de forma tal de mantener su valor y facilitar los intercambios y el cálculo económico. Véase que Menger señala las características de la moneda que va a ser “elegida” por la gente a cambio de los bienes y servicios que entrega. Esta “elección” de la moneda ha estado y está siempre presente, pese a las disposiciones de curso legal y forzoso; la Argentina tiene largos años de experiencia en esto a punto tal que mercados enteros (inmobiliario o automotor) utilizan otra moneda, el dólar, como medio de intercambio y unidad contable.

La moneda es también unidad de cuenta y generalmente medio de pago de los contratos formales. De ahí que alteraciones en su valor ocasionen todo tipo de distorsiones contractuales y serios impactos en la economía en su conjunto. Esto es particularmente oneroso cuando el curso forzoso obliga a la implementación de contratos exclusivamente en la moneda local. Las

modificaciones en el valor de la moneda, generalmente fijado por el Poder Ejecutivo, ocasionan todo tipo de contratiempos y quiebran la coordinación de acciones en los mercados, convirtiendo relaciones comerciales amistosas en disputas conflictivas.

Uno de los peores eventos de esta naturaleza fue el relacionado con la crisis económica de los años 2001-02, la más profunda en la historia del país, que analizaré a continuación. En Agosto de 2001 se sancionó la ley 25.466 llamada “ley de intangibilidad de los depósitos”, cuyo artículo 2° estableció que “el Estado nacional en ningún caso podrá alterar las condiciones pactadas entre el/los depositantes y la entidad financiera, esto significa la prohibición de canjearlos por títulos de la deuda pública nacional, u otro activo del Estado nacional, ni prorrogar el pago de los mismos, ni alterar las tasas pactadas, ni la moneda de origen, ni reestructurar los vencimientos, los que operarán en las fechas establecidas entre las partes”. En el artículo 3° se estableció que dicha ley era de “orden público” y que los derechos de los depositantes y las entidades depositarias eran considerados derechos adquiridos y protegidos por el artículo 17° de la Constitución (Bunge, 2008).

El hecho de que el Poder Ejecutivo y el Congreso hicieran lo que estaba prohibido por ley tan sólo cinco meses después de su sanción, habla de por sí de la inseguridad jurídica en esta materia. El accionar posterior del Poder Ejecutivo y de la Corte fue notablemente errático, multiplicando tal inseguridad. En el 2004, una nueva Corte Suprema justificó la alteración de los contratos de depósitos de moneda extranjera en el famoso caso *Bustos*.⁸ La Corte argumentó que:

(...) el propósito del acreedor no es el de conseguir moneda extranjera específica que no pudiera ser sustituida por ningún objeto sino el de lograr la estabilidad de la prestación dineraria, es decir, asegurar un poder adquisitivo constante.

(...) No está probado que el depósito haya sido en dólares efectivamente ganados como tales –lo que deja abierta la posibilidad de que los haya comprado al precio vil que mantenía el Estado o que se haya tratado de un mero asiento contable– ni que los dólares estuviesen afectados a operaciones

comerciales o financieras con el exterior que necesariamente deban afrontarse con esa moneda (...).

En el fallo, la Corte presupone cuál es el propósito del acreedor, cuando en verdad lo único que puede conocerse de las transacciones de mercado es la “preferencia revelada” de quien vende una moneda para comprar otra, valorando más a ésta que a aquélla. Ningún propósito especial puede inferirse de esas acciones ya que las valoraciones subjetivas de las personas están fuera del alcance de los economistas, los psicólogos e incluso de los miembros de la Corte.

En un fallo posterior, el voto de la Dra. Argibay se acercó parcialmente a este principio básico de la ciencia económica. Al opinar sobre “los titulares de depósitos bancarios habrían recibido una cantidad de pesos que compensaba adecuadamente el poder adquisitivo del capital originariamente expresado en dólares”, la Jueza sostuvo que:

Ya he dado las razones por las cuales no comparto este enfoque del derecho contractual cuyo amparo se pretende. He de añadir ahora, que estas argumentaciones no se encuentran respaldadas por ninguna demostración de la supuesta equivalencia económica entre el capital depositado por la parte actora y el reconocido por el Decreto N° 214, mucho menos desde la perspectiva del depositante, puesto que para ello hay que suponer, sin fundamento alguno, que el capital depositado estaba destinado a comprar bienes en el mercado interno y, aún en ese caso, bienes cuyo precio no ha seguido la evolución del dólar (como ha sucedido con los inmuebles, por ejemplo). En la medida que la verdad de esta premisa económica se invoca para revertir el defecto constitucional de la interferencia estatal, es decir, en interés de la parte demandada, es paradójico que la total ausencia de pruebas que la respalden se cargue en perjuicio de quien ha padecido esa interferencia y, por ello, entablado la presente demanda (...).⁹

Por otra parte, asumir que hay algún tipo de diferencia entre depositar una moneda (dólares billete) u otra (pesos, con la consiguiente compra/venta

de moneda con la entidad bancaria correspondiente) es desconocer el más elemental funcionamiento de los mercados financieros y cambiarios. Cada depósito en dólares para el que se depositaban pesos incluía la compra/venta de esa moneda, lo mismo sucedía con los préstamos en dólares aunque se recibieran pesos.

Pero aún luego de haber intervenido en todos los contratos entre particulares, pesificando tanto depósitos como préstamos aunque a distintas paridades, la misma Corte cambió su criterio, al menos en dos oportunidades. En el primer fallo, en el caso *Benedetti*, sobre un contrato de renta vitalicia previsional en dólares compatible con la tutela constitucional de los beneficios de la seguridad social, la Corte sostuvo que:

Este principio no puede ser ignorado mediante un mecanismo autorizado por ley, como una renta vitalicia previsional, ya que la aseguradora se obligó a asumir el pago de una prestación convenida, la que debió ser constante en el tiempo y garantizar una rentabilidad determinada (...)

Se declara formalmente admisible el recurso extraordinario deducido por la demandada, se confirma la sentencia apelada, con los alcances que surgen del presente fallo, y en consecuencia, se reconoce el derecho de la actora a percibir las sumas en concepto de renta previsional en la moneda y demás condiciones pactadas.¹⁰

El fallo de la Corte en el caso *Benedetti* discrimina un determinado tipo de contrato (renta vitalicia) de otro (depósitos a plazo), y, peor aún, defiende el primer tipo de contrato con argumentos favorables al derecho de propiedad, cuya violación acepta para el segundo tipo:

Estas reglas deben ser protegidas por esta Corte como tribunal de garantías constitucionales. En este sentido, el término 'propiedad' debe ser interpretado desde la perspectiva constitucional (art. 17 de la Constitución Nacional).

Esta es la interpretación consolidada por diversos precedentes en los que se ha sostenido que 'el vocablo propiedad, empleado por la Constitución comprende, como lo ha dicho esta Corte, todos los intereses apreciables que un

ser humano puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones privadas sea que nazca de actos administrativos, integra el concepto constitucional de propiedad a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquier que intente interrumpirlo en el goce del mismo’.

¿Entonces? ¿Existe el derecho de propiedad sobre una renta vitalicia y no sobre un depósito bancario? La incertidumbre es completa, vaya a saber en el futuro qué tipo de contrato se considera cubierto por este derecho y cuál no.

El segundo fallo donde la Corte cambió su criterio a favor del derecho de propiedad fue la homologación del Acuerdo entre la Provincia de San Luis y el Estado Nacional (sentencia del 5/3/03), producida el 20 de diciembre de 2005, por el cual la provincia recuperó su depósito en dólares en el Banco de la Nación Argentina mediante el cobro de una suma equivalente en pesos y bonos públicos en dólares. Nada de eso pudieron hacer los miles de depositantes atrapados en el “corralón”.

Intereses

La tasa de interés que se observa en el mercado se rige por la llamada “preferencia temporal”, una característica presente en toda acción humana que consiste en valorar más los bienes presentes que los bienes futuros. Si el ser humano no prefiriese el consumo presente al futuro, ahorraría constantemente y nunca consumiría, no habría ningún tipo de actividad económica. El concepto de interés originario se relaciona con el descuento de los bienes futuros a presentes, y la tasa de interés es determinada en el mercado de bienes presentes por el valor estimado de los bienes futuros.

En una economía monetaria los bienes se expresan en términos monetarios porque el dinero es el bien presente por excelencia, debido a su liquidez. Debido a que el dinero es el medio general de intercambio, los bienes futuros

son expectativas sobre la futura obtención de dinero. Debido a la ley de preferencia temporal, el dinero presente vale más que las actuales expectativas de obtener esa misma cantidad de dinero en el futuro. En otras palabras, el dinero futuro siempre se intercambiará con descuento respecto al dinero presente o, al revés, la cantidad de dinero a recibir en el futuro tiene que ser mayor que esa misma cantidad en el presente para considerarla con el mismo “valor”.

La estructura de tasas de interés de un mercado toma en cuenta los riesgos esperados de cada contrato a plazo. Esos riesgos incluyen la pérdida de valor de la moneda. Nadie estaría dispuesto a postergar su consumo presente de determinado bien o conjunto de bienes por una cantidad de dinero futura que signifique una posibilidad de consumo menor.

Las políticas monetarias que han vuelto imposible poder evaluar el valor futuro de la moneda han destruido también el mercado de intercambio de dinero futuro a mediano y largo plazo. Esto ha ocasionado que los jueces no tengan un parámetro preciso para decidir cuándo un daño en un momento es equivalente a una compensación en otro distante. A la manipulación constante de la tasa de interés del mercado se le suma la prohibición legal de ajustes destinados a hacer frente al deterioro del valor de la moneda, implementada por Ley 25.561 de 1991, que estipula:

Art. 7º: “El deudor de una obligación de dar una suma determinada de pesos cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. En ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con las salvedades previstas en la presente ley.

Art. 10º: Mantiénense derogadas, con efecto a partir del 1º de abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios. Esta derogación se aplicará aun a los efectos de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no pudiendo

aplicarse ni esgrimirse ninguna cláusula legal, reglamentaria, contractual o convencional –inclusive convenios colectivos de trabajo– de fecha anterior, como causa de ajuste en las sumas de pesos que corresponda pagar.

Ante la imposibilidad de ajustar el valor nominal de la moneda, la Corte Suprema aceptó, correctamente, incluir su cálculo en la tasa de interés como mecanismo de actualización del capital, tomando la tasa pasiva.¹¹ Pero luego la Corte abandonó ese criterio y defirió la cuestión a la razonable discreción interpretativa de los jueces de la causa,¹² habiendo inclusive fijado intereses a tasa activa.¹³

La misma Corte ha sostenido que su jurisprudencia en materia de intereses es obligatoria: “los tribunales inferiores no pueden apartarse de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso en materia de pautas para la liquidación de intereses sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar las posiciones sustentadas en los mismos pues dicha doctrina tiene un valor moral intrínseco que no puede ser despreciado por los jueces, quienes tienen la obligación de tratar y en su caso conformar sus decisiones a las del citado tribunal, atendiendo a su carácter de intérprete final de la Constitución y las leyes” (CS 6-7-2004, “*Quadrum SA c. Ciccone Calcográfica*”).

Pero siendo que su propio criterio ha sido variable, por debajo de ella reina la más completa confusión y una diversidad de opiniones tal que impide saber con certeza cuál será la tasa de interés que se aplique en un determinado caso.

Los contratos y el poder de policía

La seguridad jurídica protege la coordinación de los intercambios realizados por los individuos, y que son producto de la división del trabajo y la propiedad privada, requisitos indispensables para la existencia de tales intercambios.

Los intercambios se hacen efectivos a través de contratos y compromisos, los primeros como obligaciones legales, los segundos, morales. En ambos

casos se trata de obligaciones asumidas voluntariamente: el vendedor se compromete a entregar un determinado producto o entregar un dinero a préstamo, en cierta fecha y condiciones, y el comprador se compromete a abonar el precio acordado o devolver el préstamo en el tiempo y forma establecida. Muchos contratos tienen un formato escrito firmados por los participantes, otros son compromisos verbales que las partes aceptan cumplir y respetar.

En todos los casos se trata de la transferencia de ciertos derechos de propiedad de una persona a otra u otras. Se transfieren derechos de propiedad y no cosas en sí: en muchos casos la propiedad del objeto queda en poder del dueño original, el que transfiere su uso por un determinado período.

Un derecho de propiedad puede ser violado, y los intercambios frustrados, cuando las obligaciones contractuales no se cumplen. Una sociedad en la que esas actitudes predominen no podrá favorecer los intercambios ni progresar económicamente.

Los contratos acarrear “costos de transacción” (Coase, 1960), es decir, gastos asociados con las acciones para encontrar a la otra parte de un intercambio, negociar con ella y, luego de haber llegado a un acuerdo, verificar el cumplimiento de éste. Todas estas actividades pueden ser tan costosas que ciertos intercambios son descartados al no lograr cubrir los costos. De allí que una correcta información y el acceso a una justicia eficiente reducen estos costos y multiplican las posibilidades de intercambio.

La inseguridad jurídica afecta los intercambios incrementando los “costos de transacción”, debido a la incertidumbre que ella genera respecto a las posibilidades del cumplimiento de los contratos. Precisamente, una de las tradicionales justificaciones de las funciones del Estado se encuentra en proveer normas y procesos que faciliten la realización de contratos y permitan resolver a bajo costo las disputas que puedan originarse. Pero cuando el Estado extiende sus funciones y se convierte en juez y parte de los contratos entre particulares, la inseguridad tiende a multiplicarse.

Hasta principios del siglo pasado, el Estado argentino no se atribuyó el poder de interferir en los contratos entre particulares, solamente lo mantenía para regular derechos individuales por cuestiones de interés público. Se llamó a esta atribución la “teoría del poder de policía restringido” y se refería

a situaciones donde hubiera lesiones de derechos a la población en su conjunto o a grupos pertenecientes a ella, lo que podría describirse como responsabilidad extracontractual colectiva.

Esta posibilidad de intervención estatal se podría justificar desde el punto de vista económico si consideramos a los daños como “externalidades negativas”, cuya solución se dificulta por los elevados costos de transacción que implicaría una negociación entre las partes (Stordeur, 2006). El poder de policía quedaba restringido a problemas relacionados con la salubridad, seguridad y la moral públicas¹⁴. Es más, la Corte rechazó explícitamente la posibilidad del Estado de entrometerse en contratos entre privados debido a los efectos económicos negativos que ello produciría en el funcionamiento de la competencia en los mercados (lo que comúnmente se llama en economía “externalidades pecuniarias”).¹⁵

Todo esto cambió con el paso de la doctrina del poder de policía restringido al poder de policía “amplio”, el cual comenzó a incorporar ahora la potestad del Estado de interferir en los contratos entre particulares en aras de la protección de cierto “bien común” que se vería amenazado por el accionar particular.

Esa doctrina se origina, como es ampliamente reconocido, en el caso *Ercolano* de 1922, en el cual un propietario cuestionó la constitucionalidad de una ley que congeló los alquileres de las viviendas por un plazo de dos años, modificando los términos del contrato vigente. La Corte justificó la intervención estatal en los contratos de alquiler en los siguientes términos:

Existen, sin embargo, circunstancias muy especiales en que por la dedicación de la propiedad privada a objetos de intenso interés público y por las condiciones en que ella es explotada, justifican y hacen necesaria la intervención del estado en los precios, en protección de intereses vitales de la comunidad. Cuando por la naturaleza del negocio, por las condiciones físicas en que se desenvuelve o por otra circunstancia semejante, no fuere posible la acción eficiente del regulador común, es decir la competencia, el propietario se hallaría en aptitud de imponer a la sociedad verdaderas exacciones bajo el nombre de precios. Cuando mayor sea el interés del público por aquello

que constituye el objeto del monopolio, más fuerte puede ser la opresión económica y más sensibles y perniciosos sus efectos, pudiendo llegar el caso de que la prosperidad y el bienestar esencial de un país o de una región se encuentren a merced de la avaricia o del capricho de los que detentan los factores de un servicio de vital necesidad. Llegándose a este punto extremo, la protección de los intereses económicos constituye para el estado una obligación de carácter tan primario y tan ineludible como lo es la defensa de la comunidad amenazada por el aprovechamiento abusivo de una situación excepcional. Estas conclusiones han quedado definitivamente incorporadas al derecho público. Ya no se considera discutible el poder del estado para ejercer eficaz control sobre los precios de aquellos servicios que interesan en alto grado a la sociedad y que por su naturaleza, o por las condiciones en que se prestan, constituyen necesariamente negocios monopolizados.¹⁶

Cuesta comprender el análisis económico de la Corte en este caso. ¿Cómo puede existir un monopolio en el mercado de los alquileres? No solamente se trata de un mercado con oferta atomizada sino, más importante aún, sin barreras para el ingreso de nuevos oferentes, por lo cual la competencia cumplía su papel como en cualquier otro mercado. Que en una economía estable ocurren cambios en los precios relativos es algo que sucede a diario y en todos los mercados.

En el mencionado fallo, la Corte no logró demostrar la existencia de ningún monopolio, sino una situación común de escasez de bienes ante el crecimiento de la demanda, lo cual generaba un aumento de precios, como en cualquier mercado:

La crisis de la habitación es un fenómeno general observado en los últimos años. Sea por la escasez de brazos, por la de materiales de construcción, por la falta de capitales, o por otras causas, pues el problema es por demás complejo, el resultado ha sido que desde la iniciación de la guerra, tanto en la república, como en muchos otros países, la edificación de viviendas no ha guardado relación con las exigencias derivadas del aumento progresivo de la población. Como consecuencia fatal de ese hecho, ha sobrevenido

el encarecimiento y la especulación en el precio de los alquileres. No habiendo oferta apreciable de habitaciones, ese precio era el que imponía el propietario, como era su derecho, pero sin la atenuación normal resultante de la competencia.

No parece tratarse de ninguna “crisis económica” especial, sino de una circunstancia que suele presentarse en los mercados y que éstos resuelven a la larga si es que se permite su funcionamiento. Fue precisamente el criterio que aquí se consideró “constitucional” el que destruyó el mercado inmobiliario durante décadas, desalentando toda oferta de viviendas con destino al alquiler.

Esta posibilidad del Estado de intervenir en los contratos entre particulares se extendió luego a las tasas de interés (caso *Avico c/de la Pesa*) y al establecimiento de precios máximos (caso *Vicente Martini e Hijos*), dejando abierta la puerta a la constitucionalidad de la fijación de todo tipo de precios, con las consiguientes secuelas de desabastecimiento, caída de la calidad de los productos controlados e incertidumbre general sobre la evolución de los precios.

Los contratos laborales

En el ámbito del mercado laboral, los marcos institucionales idóneos permiten mejores oportunidades de remuneración, de desarrollo de habilidades y de progreso. Para la sociedad en su conjunto, las relaciones laborales armónicas se traducen en mejores perspectivas debidas a una mayor productividad e innovación, lo cual, a su vez, permite mayor competitividad internacional, mayor crecimiento económico y mejores oportunidades de empleo para todos.

Si las regulaciones laborales socavan la cooperación y la confianza mutua, si restringen las libertades y las oportunidades, los costos tienden a elevarse y a disminuir los beneficios de las partes contratantes y de la sociedad en su conjunto. Surgen entonces problemas de desempleo, ingresos reducidos, menores posibilidades de capacitación, baja productividad y escasa competitividad internacional.

En la Argentina, todo el andamiaje de legislación laboral construido principalmente a partir del siglo XX está basado en la creencia de que las relaciones laborales, por naturaleza, operan necesariamente inmersas en el conflicto, en la lucha entre el “capital” y el “trabajo”, ignorando la naturaleza fundamentalmente cooperativa de estas relaciones y la mutua dependencia entre el empleador y el empleado. Esta visión favorece los conflictos laborales y luchas políticas entre organizaciones sindicales de empleados y empleadores, que se pretende resolver con criterios corporativistas.

En este sentido, la decisión de la SCJN en la causa *Asociación de Trabajadores del Estado c/Ministerio de Trabajo sobre Ley de Asociaciones Sindicales* eliminó el monopolio de la representación de los trabajadores por parte de delegados que sean miembros del sindicato único, lo que es un paso significativo para un cambio fundamental en la estructura jurídica laboral en la Argentina.

Esto no ha modificado todavía el monopolio de la negociación colectiva, por medio de la cual las condiciones de trabajo y salarios negociados por un sindicato se aplican a quienes no pertenecen al mismo.

Las relaciones entre los sindicatos y los representantes empresarios están claramente delimitadas a través de mecanismos regulatorios para la negociación y la resolución de disputas. Esto ha significado una creciente intervención gubernamental a través del arbitraje obligatorio y la intervención política directa.

Además, la intervención del Estado ha reglamentado extensamente las relaciones de empleo a través del salario mínimo, la jornada laboral, las regulaciones sobre seguridad y accidentes del trabajo y las condiciones de contratación. Incluso cuando se han propuesto e implementado reformas con el objetivo de reducir la así llamada, y reconocida por la propia CSJN, “industria del juicio”, éstas son revertidas generando altos costos y nuevas incertidumbre en los empleadores.¹⁷

El fenómeno de la informalidad surge como respuesta de los damnificados por una legislación laboral restrictiva que reduce las oportunidades de trabajo. Según el documento *Doing Business* (Banco Mundial, 2010), que compara la flexibilidad de los contratos laborales en todo el mundo, el

primer lugar corresponde a Singapur, los Estados Unidos y las islas Marshall, mientras que la Argentina se encuentra en el puesto 101 sobre un total de 181 países.

Por otro lado, los empleos en el mercado laboral informal carecen de instrumentos legales para garantizar el cumplimiento de los contratos. Resulta, en este sentido, preocupante, la reciente modificación del artículo 9 de la Ley de Contrato de Trabajo que extiende el principio “en la duda, a favor del trabajador” imperante en el derecho laboral hacia la duda que pudiera existir en la apreciación de la prueba, modificación presentada, una vez más, como un avance en la protección de los derechos de los trabajadores pero sin explicar que, como deja al empresario contratante indefenso, multiplica la inseguridad jurídica de las relaciones laborales y probablemente promueva una litigiosidad masiva que empeorará la competitividad de la economía argentina.

Daños y molestias, teorema de Coase y derechos de tercera generación

En economía, los efectos de las acciones que recaen en terceras personas sin que éstas hayan sido parte de la acción, se denominan “externalidades” y pueden ser positivos (beneficios) o negativos (costos).

Las externalidades positivas no son materia de acción judicial. Su tratamiento plantea dos alternativas:

- a. Que el actor considere que las ventajas que obtiene de la acción son tales que esté dispuesto a asumir todos los costos de la misma sin importarle que ciertos beneficios se derramen sobre otros, como podría ser el caso de quien decide proteger su casa con vigilancia privada y esto genera un cierto grado de protección para sus vecinos;
- b. Que los costos sean tan altos que ninguno de los que están por beneficiarse del proyecto esté dispuesto a cubrirlos. En tal caso el proyecto sólo se realizará si un número suficiente de los interesados comparte los costos. En cuanto a las externalidades negativas, la jurisprudencia argentina se acerca, aunque sin mencionarlo, a la interpretación económica neoclásica

asociada con el economista inglés Alfred C. Pigou, quien defendió los subsidios gubernamentales para las externalidades positivas, y los impuestos para las negativas.

A partir de un caso de contaminación atmosférica originada en una fábrica, Pigou desarrolló el concepto de “costo social”, generado por lo que en adelante se denominarían “externalidades”. En el caso de la fábrica, dice Cheung (1980:18):

He aquí el argumento central de Pigou. Si se deja que el propietario de la fábrica de calzado pueda perseguir su propio beneficio, éste ignorará los efectos contaminantes y elevará ‘excesivamente’ el nivel de producción. Para conseguir la debida eficacia económica deberá, pues, modificarse el comportamiento del dueño de la fábrica mediante políticas gubernamentales ‘correctivas’, tales como la aplicación de impuestos o de compensaciones obligatorias a los vecinos perjudicados o la coactiva regulación tanto del volumen de producción como de la contaminación o, en último extremo, proceder a la total supresión de la fábrica.

Este es el concepto predominante también en la jurisprudencia argentina en la materia. Por ejemplo, así se define en un fallo de 1995:

Externalidad es la transferencia a otras personas o a la sociedad de los costos que no se han realizado para evitar perjuicios ambientales de un determinado establecimiento. Sintetizando, la industria ha producido daño ambiental porque ha ahorrado y ‘transferido’ o ‘externalizado’ los costos hacia el entorno (recursos, personas y sociedad).

(...) En este sentido, considero que este daño ambiental ya probado debe ser reparado.¹⁸

Una vez determinada la existencia de la externalidad negativa ¿debe el daño ser reparado o debe cesar la emisión de la externalidad? Esto es motivo de una larga discusión en la jurisprudencia. En el caso *Espíndola* se analiza cierta bibliografía relacionada con el tema:

Según Borda el juez se enfrenta ante una alternativa, pues no podría acumular la orden de cesación y la indemnización, y que solamente en el caso de culpa o dolo puede condenar al cese de las molestias y a la indemnización de daños por aplicación de las normas generales sobre hechos ilícitos.

Para Mariani de Vidal, ‘la letra de la ley parece apoyar esta última opinión. Pero es evidente que si se han producido daños materiales, ellos deben ser indemnizados, por aplicación de los principios comunes, y creemos que también el juez podría fijar una suma a abonarse hasta la realización de las obras tendientes a la supresión de la molestia, porque la subsistencia de la misma acarrea un perjuicio que debe indudablemente indemnizarse en el interin’.

Sostiene Llambías: ‘Si bien se mira las dos opiniones expuestas no son antitéticas, pues Borda no descarta los daños y perjuicios sumados a la cesación de la actividad cuando aquellos encajan en los principios generales del responder civil y la imposición de una indemnización hasta que se supriman las molestias de la que se hace cargo Mariani de Vidal, no parece encontrar obstáculo en la idea de la alternatividad, pues allí más que acumulativamente, la indemnización y la efectivización de la condena a cesar en las molestias operan sucesivamente’.

Sostiene Kiper, que ‘...La ley le permite al juez disponer la indemnización de los daños producidos y, además, la cesación de las molestias o su disminución al límite que se considere normalmente tolerable. Es decir que a pesar del empleo de la conjunción disyuntiva “o” cabe entender que el juez puede disponer ambas cosas, sin tener que optar por una de las soluciones.’¹⁹

La Corte Suprema, por su parte, ha señalado que:

(...) no hace lugar a la indemnización pedida, dado que de conformidad con las amplias facultades que otorga a los jueces el art. 2618 del Código Civil se debe optar, según las circunstancias del caso, entre la reparación de los daños ocasionados o la cesación de las molestias. En el sub lite, por la naturaleza de la cuestión planteada, resulta suficiente la medida adoptada, ya que la causa de las molestias es subsanable.²⁰

Sin embargo, no son éstas las dos únicas posibilidades. Como señalara Coase, en tanto y en cuanto los costos de transacción sean bajos o nulos, las partes llegarán a un acuerdo eficiente para internalizar las externalidades negativas, sin importar a quien se asigne el derecho. Esto no quiere decir que no sea importante la función del juez de determinar si ha ocurrido el daño o la molestia, sino que afirma que las partes alcanzarán una solución eficiente si luego de esa decisión negocian de forma tal de resolver la externalidad de la forma más eficiente posible.

Volviendo al ejemplo de la fábrica que contamina al vecino. El juez puede, y seguramente debe, fijar una indemnización por el daño ocasionado por la contaminación de la fábrica, pero si los costos de transacción son bajos (y eso probablemente debería asumirse si el juez ya ha determinado los alcances del derecho de propiedad y se trata de pocos involucrados en la negociación) no sería eficiente determinar el cese de la actividad que genera la externalidad.

Si la decisión judicial, por ejemplo, asignó al vecino el derecho a una atmósfera limpia en cierto grado, y la eliminación de la externalidad negativa fuera muy costosa para la fábrica, ésta podría comprar el “derecho” del vecino (o su propiedad) o cualquier combinación de emisión y pago que quieran acordar, y en ese intercambio las dos partes mejorarían su situación en el “sentido de Pareto” (dos han mejorado sin que los demás empeoren su situación).

En definitiva, la jurisprudencia argentina sostiene que el juez tiene la alternativa de elegir entre indemnización y/o cese, mientras que Coase deja esa decisión en manos de las partes. En algunos casos esta última posibilidad es reconocida, como en el siguiente fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal:

Al respecto, cabe señalar que nuestra legislación acogió a la transacción en los arts. 832 a 861 del Cód. Civil como modo de extinción de las obligaciones; y el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación actualmente prevé tanto a la transacción como a la conciliación como formas anormales de terminación del proceso, las que se encuentran reguladas respectivamente en los arts. 308 y 309 de dicho ordenamiento.

Se ha dicho que la transacción es la sumisión o renuncia parcial, denominada justamente un contrato civil con proyecciones procesales; como también que examinada desde el punto de vista estrictamente procesal, la transacción es una doble renuncia o desestimiento, el actor desiste de su pretensión y el demandado renuncia a su derecho a obtener una sentencia; este acto dispositivo procesal corresponde a un contrato análogo de derecho material en el cual ambas partes, haciéndose recíprocas concesiones, dirimen un conflicto mediante autocomposición, por lo que así entendida, la transacción no es, como se dice habitualmente, un subrogado de la cosa juzgada, sino una doble renuncia a la cosa juzgada (Leguisamón, Héctor Eduardo y Porzio, Paula Eugenia, “Inoponibilidad relativa de la transacción y la conciliación, L.L.: 1999-F-398).

El art. 832 del Cód. Civil da el concepto de transacción, diciendo que es el “acto jurídico bilateral, por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas”. Por ende, la transacción, como contrato, funciona para el proceso civil y comercial como un medio de extinción del mismo, anormal y bilateral (Carbone, Carlos Alberto, “Algunos perfiles procesales de la transacción de derechos litigiosos referidos a la presentación y homologación”, L.L. 1990-D-683).

Nuestra doctrina y jurisprudencia se han encargado de remarcar el carácter de principalísimos de tales sacrificios mutuos, en cuanto elemento de la transacción: ya que sería precisamente su existencia lo que las define y tipifica (...).²¹

No obstante, el carácter de “principalísimo” es luego cuestionado y dejado de lado. En el fallo citado, los camaristas desestiman el acuerdo particular involucrado en el caso por no ser oponible a las personas físicas que eran accionantes; porque no se verifica una identidad exacta de contenido en lo que entonces fuera materia de concesiones recíprocas con lo que se reclamaba allí y,

finalmente, no resulta dudoso que por el carácter personalísimo, privativo de la persona física, que reviste el derecho constitucional a la vida, a la

salud y a la integridad física que subyacen en el derecho al medio ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano, éste no podría, en principio, ser renunciable ni objeto de transacción alguna.

En un complicado juego de palabras, parece que lo “personalísimo” entra en conflicto con lo “principalísimo”. Continúa el fallo:

El conflicto de las relaciones de vecindad se sitúa en la esfera privada, y sigue una regla de solución basada en la reciprocidad, puesto que el derecho de cada uno se extiende hasta donde comienza el del otro. En cambio, el conflicto entre el bien ambiental y la propiedad, se sitúa en la esfera social, donde tiene primacía el bien social sobre el bien individual.

De allí que cuando el ejercicio del derecho de propiedad lleva a la lesión de bienes ambientales, deba protegerse a este último y limitarse al primero. De igual modo, cuando se lesiona a la propiedad, como consecuencia de la protección ambiental, deba admitirse el “sacrificio” por la primacía de la esfera social (Lorenzetti, Ricardo L. “Reglas de solución de conflictos entre propiedad y medio ambiente”, op. cit.).

Ahora bien, ¿es ésta una decisión eficiente? Según Coase, la decisión “eficiente” que el juez debe buscar es aquella a la que hubieran llegado las partes por medio de una transacción en “ausencia de costos de transacción”. Esto es, el juez debe tratar de mimetizar lo que el “mercado” (la negociación voluntaria) hubiera dado como resultado. En ausencia de esa transacción, será imposible para el juez obtener información acerca de las preferencias de las partes de forma tal de tomar su decisión. Que errara en tal caso no sería tan importante si las partes pudieran luego reacomodar los derechos de acuerdo a sus preferencias, pero si es ésa negociación la que se impide, se sanciona la ineficiencia. Pues, ¿qué otra definición de eficiencia valdría tomar que no fuera aquella que mejor se adecuaba a las preferencias reveladas de los individuos? Cualquier otra tendría que ser la preferencia de algún otro, y en tal caso debería argumentarse por qué esa preferencia sería superior a la de los involucrados.

Conclusiones

La inseguridad jurídica es una de las principales causas por las que la Argentina ha mostrado un pobre desempeño económico en el último siglo. Otras causas incluyen los graves errores de política económica tales como controles del tipo de cambio combinados con elevados déficits fiscales, fuerte endeudamiento público, políticas de excesiva expansión monetaria, elevado proteccionismo, subsidios por doquier, altos impuestos y una pesada estructura burocrática estatal.

Por estas razones la economía argentina no ha podido aprovechar los períodos de bonanza internacional como hubiera podido, al tiempo que ha sufrido todas las consecuencias de las crisis internacionales, sumadas, por supuesto, a las propias.

En tiempos de globalización, la movilidad de personas, recursos y capitales somete a las distintas jurisdicciones a la competencia, y la seguridad jurídica es un elemento esencial en esa competencia. Es difícil imaginar un flujo de capitales hacia donde los inversores no vean que sus derechos serán protegidos. Si esto sucede, el capital huye del país en busca de seguridad jurídica o se sumerge en la economía informal.

Los temas considerados en este trabajo son tan sólo algunos de los que afectan el normal funcionamiento de la economía. La inseguridad jurídica está presente en muchos otros: las normas cambiarias y la manipulación del tipo de cambio, los impuestos, los blanqueos o moratorias, el tratamiento de los ahorros previsionales, la regulación de los servicios públicos, etc. Quedará pendiente para otro trabajo el análisis de estos temas.

NOTAS

- 1 Para un listado de los países ubicados en los primeros veinte lugares del ICI 2009, los países ubicados en las últimas veinte posiciones y el caso particular del continente americano ver Krause (2009:7 y ss.)
- 2 Además del Consejo Empresario Argentino (1999), han prestado atención a este tema, entre otros, Lynch y Vassolo (1993) y Guisarri (2000).

- 3 Fallo “Galli, Hugo Gabriel y otro c/PEN – ley 25.561- dtos 1570/01 y 214/2002 s/amparo sobre ley 25.561-5.04.2005”, La Ley, Suplemento Constitucional, abril 2005, p. 42, con nota de María Angélica Gelli.
- 4 Véase el dictamen del Procurador General en la causa publicada en Fallos: 269:416, donde también se efectúa una reseña de los casos en que el Congreso o el Poder Ejecutivo en ejercicio de facultades legislativas hicieron uso de sus poderes para dictar leyes de ese carácter.
- 5 En 1916 el Congreso de los EEUU otorgó al presidente poderes de emergencia que permitieron al gobierno incautar materiales, fábricas y sistemas de transporte, suspender el patrón oro, controlar todos los intercambios internacionales de bienes y servicios, otorgar subsidios masivamente, etc. Estos poderes fueron nuevamente utilizados durante la Gran Depresión, y en la Segunda Guerra Mundial el gobierno encerró en campos de concentración a unos 110.000 individuos de origen japonés, dos tercios de los cuales eran ciudadanos norteamericanos, algo que la Corte Suprema de ese país admitió como dentro de los “poderes de emergencia” (Hirabayashi v. United States, 320 U.S. 81 [1943] at 101). Todavía en 1976 los poderes especiales obtenidos por Roosevelt en 1933 y por Truman en 1950 no habían sido derogados (Higgs y Twight, 1987).
- 6 El caso fue *Immigration and Naturalization Service v. Chadha* (103 S. Ct. 2764)
- 7 El caso fue *Dames & Moore v. Regan* (101 S.Ct. 2972 [1981]).
- 8 “Bustos, Alberto Roque y otros c/ Estado Nacional y otros s/ amparo”, sentencia del 26 de octubre de 2004, en Fallos: 327: 4495, citado en Bunge, 2008.
- 9 “Massa, Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional - Decreto N° 1.570/01 y otro s/ amparo Ley N° 16.986”, disponible en <http://www.iprofesional.com/notas/38274-Massa-Juan-Agustin-c-Poder-Ejecutivo-Nacional--dto-157001-y-otro-s-amparo-ley-16986.html>
- 10 Benedetti, Estela, c/ Poder Ejecutivo Nacional”, C.S.J.N., 16/9/2008, disponible en <http://estudiojuridicoalrcon.blogspot.com/2009/08/benedetti-estela-sara-cpen-ley-25561.html>
- 11 Fallo CSJN, “YPF c/ Provincia de Corrientes”, La Ley 1992-B-216.
- 12 En “Banco Sudameris c/ Belcam S.A.”, La Ley, 1994-C-30.
- 13 Como en “Murcot S.A. c/ YPF”, La Ley, 1997-C-218.
- 14 “La jurisprudencia del máximo Tribunal se reitera en igual sentido en varios fallos como “Departamento Nacional de Higiene c/Y. Sauveur” (t. 115, p. 344) o “Huergo c/Estado Nacional” (t. 119, p. 360), y “J. A. García c/Mercado Independencia” (t. 3, p. 468) (Stordeur, 2006, p. 141).
- 15 El fallo fue “Hileret y otro c/Provincia de Tucumán”, del 5/9/1903. Fallos 98:20, CSJN, disponible en <http://www.iurisdiction.com.ar/hileret-v-provincia-de-tucuman/>
- 16 Ercolano, Agustín c/Lanteri de Renshaw, Julieta s/c consignación”, del 28/4/1922, disponible en <http://falloscsn.blogspot.com/2005/08/ercolano-c-lanteri-de-renshaw-1922.html>
- 17 Véase el fallo de la CSJN, “Aquino, Isacio C/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley”, 9688, del 21/9/2004, disponible en <http://www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/JURIS-PRUDENCIA/aquino.htm>
- 18 “Maceroni Francisco y otros c/Dirección General de Fabricaciones Militares”, disponible en: <http://ar.vlex.com/vid/maceroni-francisco-fabricaciones-militares-35191464>

- 19 “Espíndola Dominga Esther c/Movicom Bellshouth s/daños y perjuicios”, del 9/2/07, disponible en: <http://filatinaambiental.wordpress.com/2008/07/24/antenas-de-celulares-fallo-ejemplar-espindola-maria-cmovicom-bellsouth-sdanos-y-perjuicios-expte-1700803/>
- 20 En el fallo “Piaggi Ana Isabel c/Embajada de la República Islámica del Irán s/cesación de ruidos molestos”, 10/02/1998, P. 1720. XXXII, disponible en: <http://ar.vlex.com/vid/39796543>
- 21 En autos “Aspiroz Costa, Francisco y otros c/PASA S.A. y otros s/daños derivados de la vecindad”, CNCIV, SALAJ, 27/10/2005, disponible en: <http://www.zapala.com/norpatagonia/diaria/noviembre/5semana/ambiental.html>

REFERENCIAS

- Banco Mundial 2010, “Doing Business 2010”, en <http://www.doingbusiness.org/>
- Bastiat, Frédéric 2004, “La Ley”, en *Obras Escogidas*, Madrid: Unión Editorial.
- Bénassy-Quéré, Agnès, Coupet, Maylis y Mayer, Thierry 2007, “Institutional Determinants of Foreign Direct Investment”, *The World Economy*, Oxford, UK: Blackwell Publishing Ltd.
- Benegas Lynch, Alberto (nieto) (comp.) 1999, *Alberto Benegas Lynch: In Memoriam*, Buenos Aires: Centro de Estudios sobre la Libertad.
- Benson, Bruce L. 1989, “The Spontaneous Evolution of Commercial Law”, *Southern Economic Journal*, Vol. 55, N° 3 (Jan.), pp. 644-661.
- Bunge, Diego C. 2008, “Devaluación, Pesificación, Emergencia y Reforma Previsional. El largo y sinuoso camino transitado desde Smith, San Luis, Bustos, Galli, Massa hasta Benedetti. Análisis de las consecuencias sistémicas”, presentación en el Seminario “El Rol de Legisladores y Jueces en la Construcción de la Seguridad Jurídica”, Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Fundación Pensar/FORES. Disponible en www.foresjusticia.org.ar
- CEPAL 2009, “La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe”, Santiago de Chile, disponible en <http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/3/28393/IE2006Preliminar.pdf>
- Cheung, Steven N. 1980, *El Mito del Coste Social: crítica de la economía del bienestar y de sus implicaciones políticas*, Madrid: Unión Editorial.
- Coase, Ronald 1960, “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law & Economics*, Vol. 3, N° 1, October.
- Coase, Ronald 1974, “The Lighthouse in Economics”, *Journal of Law & Economics*, Vol. 17, N° 2, October.
- Coase, Ronald 1996 [1937], “La Naturaleza de la Firma”, en Williamson y Winter, Op. Cit.

- Consejo Empresario Argentino 1999, "Justicia y Desarrollo Económico", Buenos Aires.
- De Soto, Hernando 2001, *El misterio del capital*, México: Editorial Diana.
- Epstein, Richard A. 2005, *Reglas simples para un mundo complejo*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú.
- Guisarri, Adrián 2000, *Seguridad jurídica y crecimiento económico*, Buenos Aires.
- Higgs, Robert & Twight, Charlotte 1987, "National Emergency and the Erosion of Private Property Rights", San Francisco: The Independent Institute.
- Hirschman, Albert O. 1970, *Exit, Voice and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations and States*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Hume, David 1739-40, *A Treatise of Human Nature*, Cap. 83, Sect. xi, Of the Laws of Nations, en <http://etext.library.adelaide.edu.au/h/hume/david/h92t/chapter83.html>
- Kaufmann, Daniel, Kraay, Aart & Mastruzzi, Massimo 2008, "Governance Matters VII: Aggregate and Individual Governance Indicators 1996-2007", *Policy Research Working Paper* 4654, The World Bank Development Research Group.
- Krause, Martín 2009, "Índice de calidad institucional", Londres: International Policy Network, disponible en www.eseade.edu.ar
- Krause, Martín, 2008, "Inseguridad jurídica en la Argentina: el conflicto entre los principios económicos y las doctrinas jurídicas", Buenos Aires: Foro de Estudios en Administración de Justicia.
- Krause, Martín, (ed.) 2006, *Análisis Económico del Derecho: Aplicación a Fallos Judiciales*, Buenos Aires: Editorial La Ley.
- Lynch, Horacio M. y Vassolo, Roberto, 1993, "Medición de la Seguridad Jurídica: planteo de un método o test de medición de la seguridad jurídica en relación con el crecimiento económico. Aplicación de la teoría de los conjuntos borrosos", presentado en la XXVIII Reunión Anual de la Asociación Argentina de Economía Política (Tucumán) y disponible en <http://www.seguridad-juridica.com.ar>
- Menger, Carl, 1985 (1892), "El origen de la moneda", *Libertas* N° 2, Buenos Aires: ESEADE.
- North, Douglass (1993), *Instituciones, Cambios Institucional y Desempeño Económico*, México: Fondo de Cultura Económica.
- North, Douglass (2005), *Understanding the Process of Economic Change*, Princeton: Princeton University Press.
- Olivera, Julio (1999), "El principio de Gossen y la estabilidad jurídica", en Benegas Lynch, Op. Cit.

- Olson, Mancur (1982), *The Rise and Decline of Nations*, New Haven: Yale University Press.
- Olson, Mancur (1992), *La lógica de la acción colectiva*, México: Limusa.
- Stordeur, Eduardo (h) (2006), “Poder de policía y eficiencia: análisis de los fundamentales fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en Krause, Op. Cit.
- United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), 2009, *Foreign Direct Investment Online Statistics*, “Major FDI Indicators”, en <http://stats.unctad.org/fdi>
- Vincy, Fon y Parisi, Francesco (2007), “On the Optimal Specificity of Legal Rules”, *Law and Economics Research Paper* 04-32, George Mason University School of Law.
- Williamson, Oliver E. y Winter, Sydney G., (comp.), 1996, *La Naturaleza de la firma: orígenes, evolución y desarrollo*, México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

TOCQUEVILLE: SOBRE EL CONSENSO, LA POLARIZACIÓN Y LA RADICALIZACIÓN*

*Eugenio Kvaternik***

Resumen: Reconocido como el pensador del consenso liberal y democrático, Tocqueville también ofrece importantes aportes sobre la polarización y la radicalización. Mientras la primera distribuye las opiniones políticas en derecha, centro e izquierda, con poco o ningún uso de la fuerza por parte de los actores, la segunda da lugar a una lógica amigo-enemigo y a comportamientos caracterizados por la ilegalidad y la violencia.

Abstract: Reknown as the foremost thinker on liberal and democratic consensus, Tocqueville also made important contributions to the understanding of a polarized and radical politics. While polarization indicates a distribution of political views in right, center and left, with little or no use of force by the protagonists, radicalization leads to a friend/foe logic and to behavior marked by lawlessness and violence.

* Este artículo tuvo el apoyo de un subsidio del programa de investigación de la Universidad Católica Argentina en el año 2005. Se trata del segundo capítulo de mi libro *La radicalización argentina* de próxima aparición. Debo agradecer además al DAAD del gobierno alemán y a la Universidad de Buenos Aires, que a través de un programa conjunto posibilitaron repetidas estadías en el Iberoamerikanisches Institut y en la Freie Universität de Berlin, que me permitieron escribir este artículo y el proyecto global del que forma parte. Agradezco también al Dr. Gerhard Göheler del Instituto Otto Suhr y al Dr. Peter Birle del Iberoamerikanisches Institut, respectivamente, por sus invitaciones. Finalmente agradezco a Alejandra Salinas, quien hizo una revisión editorial impecable y me permitió pulir algunas ideas a partir de sus comentarios.

** Licenciado en Ciencia Política. Profesor Titular de Sociología Política (UBA). Profesor Titular del Departamento de Economía y Ciencias Sociales (ESEADE). Email: eugenk1942@gmail.com

Introducción

Una forma de definir un concepto es definirlo por su opuesto, ya sea su contrario o su contradictorio. Llamamos a estas definiciones, definiciones *a contrario* o por contraste. ¿Qué es lo blanco? Lo opuesto de lo negro. ¿Qué es lo lindo? Lo contrario de lo feo. Si de acuerdo a una definición el consenso “es un compartir que de algún modo vincula” (Sartori 1988:122), su opuesto es un atributo o propiedad que de algún modo separa.¹ Esta separación o clivaje puede traducirse a través de la metáfora de la distancia, en cuyo caso la separación se entiende como una polarización, o bien en términos de intensidad, en cuyo caso el clivaje genera un escenario de radicalización.

En sus reflexiones sobre el consenso y los clivajes Tocqueville recapitula los avatares históricos y las culturas políticas de dos tipos de naciones: la nación norteamericana y las naciones europeas. Siguiendo casi al pie de la letra las intuiciones de Tocqueville, Louis Hartz (1964, 1991) ha desarrollado una explicación *a contrario* de la historia de los Estados Unidos como sociedad del *consenso liberal* opuesta a las naciones europeas, sociedades de clivajes o *conflictos*. Hartz sostiene que, poblados por colonos que escaparon de la opresión feudal y clerical del Viejo Mundo, es decir de la matriz corporativa, los Estados Unidos conforman una comunidad política donde impera el consenso en torno a valores individualistas.

Dado que no encuentra los clivajes que oponen a los europeos (la Iglesia contra el Estado, la aristocracia contra el campesinado, la burguesía contra la aristocracia, y a los proletarios contra los burgueses) el desarrollo político de la democracia en América asume otro cariz. Según Hartz, la historia de los Estados Unidos se despliega conforme a un esquema de superación sin dialéctica. Al no haber una tesis, la superación de las contradicciones se alcanza soslayando la antítesis. Al emanciparse y no existir el primero de estos clivajes –la aristocracia y la iglesia establecida– la ausencia de tesis anula la emergencia del otro, es decir de la antítesis.

Como en una versión invertida de la ley trotskista del desarrollo combinado, América salta la etapa feudal de la historia”, pues “al abandonar al primer antagonista, deja atrás a todos los futuros antagonistas, que inspira

el primero (...) el socialismo se extingue en América, porque el feudalismo quedo atrás... Marx muere porque no hay sentido de clase, no hay espíritu revolucionario, no hay nostalgia del pasado corporativo (Hartz, 1964:7).

El contraste entre el viejo y nuevo continente estriba en que “América representa el mecanismo liberal de Europa funcionando sin los antagonismos sociales europeos”. Cuando en el segundo cuarto del siglo XIX “los Whigs ingleses y los liberales franceses combaten el orden aristocrático en Europa, se convierten en héroes liberales, agrupando detrás de sí a los trabajadores y pequeños propietarios de Inglaterra y Francia. Cuando, por otro lado, insisten en excluir a sus partidarios del voto a los trabajadores del *Reform Act* y a los trabajadores y pequeños burgueses de la Carta de Julio, se convierten en héroes conservadores, agrupando detrás suyo a las ‘instituciones existentes’, que antes habían combatido” (Hartz,1964:7).

Hartz anticipa el proceso que Duverger bautizó con el nombre de *sinistrismo*, según el cual el partido de izquierda en un clivaje previo, se convierte en un partido de centro en el clivaje posterior (Duverger, 1976:326). Siguiendo este proceso, los liberales europeos que son la izquierda del clivaje entre la burguesía y la aristocracia, se convierten en el centro del nuevo clivaje que opone a propietarios y no propietarios, a burgueses y proletarios. En América, en cambio, “no hay aristocracias para combatir y los Federalistas y los Whigs carecen de la oportunidad de dominar al pueblo lanzando una campaña en su contra. Aquí no hay aristocracias con las cuales aliarse, y no pueden usar su ayuda para excluir al pueblo del poder político” (Hartz, 1964:92-93).²

Mientras Europa ofrece la matriz de un liberalismo entretendido con los conflictos sociales, con las clásicas distinciones entre la izquierda, la derecha, y el centro, el liberalismo americano supera sin necesidad de negar, y da origen a un consenso en el que no hay lugar para estas distinciones. Como lo afirmó en 1906 el socialista G. H. Wells respecto del bipartidismo norteamericano: “no es difícil mostrar que los dos grandes partidos políticos en los Estados Unidos representan un solo partido inglés, el partido Liberal de clase media (...) todos los norteamericanos son, desde el punto de vista inglés, liberales de uno o de otro tipo” (en Lipset, 1977:52).

Si Europa es la cuna del *sinistrismo*, los Estados Unidos son su tumba y también la cuna de su contrario: el consenso liberal. Ambos continentes difieren en lo que Tocqueville denominó el *punto de partida*: “la gran ventaja de los americanos es la de haber llegado a la democracia sin haber tenido que sufrir revoluciones democráticas, y de haber nacido iguales en lugar de llegar a serlo” (*La Démocratie en Amérique*, en adelante *DA*, II:108).

Es decir, que al no haber conocido la desigualdad, no tuvieron necesidad de hacer una revolución para combatirla. Hartz argumenta que un extremo genera un extremo contrario: la tesis genera su antítesis. Y viceversa, al no haber tesis tampoco hay antítesis. De este modo al carecer los Estados Unidos de un pasado feudal y de aristocracia,³ tampoco hay socialismo; si no surge un extremo, el feudalismo, tampoco surge el otro: el socialismo radical.

La visión de Hartz es un claro reflejo de *La Démocratie en Amérique*. La idea del *fragmento* que se desprende de la madre patria y se despliega en América sin los conflictos originarios está presente según Tocqueville en la singularidad del punto de partida americano:

Las pasiones religiosas y políticas que desgarraban el Imperio británico durante todo el reino de Carlos I, empujaron cada año, a las costas de América, nuevos enjambres de sectarios. En Inglaterra el hogar del puritanismo se encontraba situado en las clases medias y del seno de las clases medias salía la mayoría de los inmigrantes.

La población de Nueva Inglaterra crecía rápidamente, y mientras que la jerarquía de los rangos clasificaba despóticamente a los hombres en la madre patria, la colonia presentaba de más en más el espectáculo nuevo de una sociedad homogénea en todas sus partes. La democracia, de un modo que no se había atrevido a sonarla la antigüedad, se escapaba muy fuerte y bien armada de la vieja sociedad feudal (*DA*, I:34).

Con posterioridad para Tocqueville, como se desprende de su correspondencia y de los *Souvenirs*, la diferencia entre Francia y los Estados Unidos no es tanto el carácter revolucionario del punto de partida de uno y la ausencia de revolución del otro, sino más bien la persistencia en Francia del espíritu

revolucionario: “una gran revolución puede fundar la libertad en un país, varias revoluciones que se suceden hacen imposible por un largo tiempo una libertad regular” (*Souvenirs*, 764).

Los Estados Unidos poseen una libertad regular, es decir un régimen estable, mientras Francia está corroída por la inestabilidad endémica. En Francia “la monarquía constitucional había sucedido al Antiguo Régimen; la República, a la Monarquía; a la República, el Imperio; al Imperio, la Restauración; posteriormente había venido la monarquía de Julio. Después de estas mutaciones sucesivas, se había dicho que la Revolución francesa, habiendo acabado lo que presuntuosamente se denominaba su obra, estaba terminada: se había dicho, y se había creído. Ay! Yo mismo lo había esperado bajo la Restauración, y todavía cuando el gobierno de la Restauración había caído; y he aquí la Revolución francesa que recomienza, pues es siempre la misma” (*ibidem*).

En su reflexión sobre los avatares de la libertad francesa a través de la sucesión de los regímenes, Tocqueville presenta un fresco donde se conjugan dos visiones sobre los ciclos de las formas de gobierno: la de Aristóteles y la de Platón. Del primero, Tocqueville retoma el argumento de que a cada forma buena sucede una corrupta. A la monarquía constitucional fundadora de la libertad sucede la corrupción del terror jacobino y el despotismo de Napoleón; a la Restauración y a las esperanzas de la monarquía burguesa, sucede la corrupción de los últimos años del régimen de Luis Felipe. A la república de notables surgida luego de la derrota del socialismo en las jornadas de junio de 1848 –la más afín junto con la monarquía constitucional al espíritu y al pensamiento de Tocqueville– sucede el despotismo imperial de Napoleón III.

De Platón toma en vez la idea de que los regímenes mejores –la aristocracia y la monarquía– no forman parte de la sucesión histórica, sino que son regímenes ideales que están fuera de la historia. Para Tocqueville la constitución ideal no está fuera de la historia, pero sí está lejos en el pasado. La forma buena originaria, es decir, el régimen de la libertad aristocrática y las libertades locales, se sitúa de este modo lejos en el tiempo: entre la Edad Media y el surgimiento del absolutismo.

A pesar de su esperanza inicial en la regeneración de las instituciones de su país a través de las *mores*,⁴ su balance posterior es pesimista. Aristócrata y moralista como Platón, cree con éste que la historia que lo tiene como testigo y protagonista tiene un recorrido que va de lo malo a lo peor: del Antiguo Régimen y un estado social que no es más verdaderamente aristocrático y que, como lo señala Furet, todavía no es democrático (Furet y Ozouf, 1988 :1075), al despotismo de Napoleón III entendido como “una monarquía bastarda, despreciada por las clases esclarecidas, enemiga de la libertad y gobernada por intrigantes, aventureros y valets” (*Souvenirs*, 845).

Para nuestro autor, la *malaise* francesa de los regímenes –que para F. Mélonio más que sucederse se *engendran* (Mélonio, 1987:599)– tenía por origen el espíritu revolucionario, o para ser más exactos la mezcla del liberalismo con el espíritu revolucionario. Siguiendo los pasos del jansenista y doctrinario francés Royer-Collard, Tocqueville afirma que “debía distinguirse el espíritu liberal del espíritu revolucionario” es decir “el espíritu de aventura, de tiranía, de demagogia, que ha sido el espíritu revolucionario en todo el mundo” (*Correspondance*, X).

Esta distinción entre el liberalismo y el espíritu revolucionario, es decir entre los aspectos positivos de la revolución francesa, y sus excesos y manifestaciones negativas, es un patrimonio común de varios pensadores. Aparece reiteradamente antes de Tocqueville en la obra de Benjamín Constant⁵ y en Chateaubriand,⁶ pero es Tocqueville quien le da su mayor potencial analítico y conceptual.

Durante la monarquía burguesa de Luis Felipe, en el lapso comprendido entre la publicación de la segunda parte de *La Democracia en América* en 1840 y la revolución de 1848, Tocqueville creyó que Francia había logrado disociar finalmente la Revolución del espíritu revolucionario. Gracias a que la Revolución había entregado a los campesinos la propiedad feudal y eclesiástica, el surgimiento de esta clase de pequeños propietarios rurales había vacunado al país contra la tendencia “a violar las leyes y derrocar al gobierno” (*Écrits*, 100). Creía que adheridos a la vez por fuerza y por debilidad a la propiedad rural, y temerosos de perderla por las agitaciones políticas, este conservadorismo legalista los impulsaría a lo sumo

a actitudes opositoras y de *frondeurs*. La propia revolución con sus resultados había puesto fin al espíritu revolucionario.

La ilusión de que el liberalismo se había desprendido del espíritu revolucionario, recibió su mentís definitivo con el golpe de Estado de Napoleón III el 2 de diciembre de 1851, cuando “la nación cesando de ser republicana siguió siendo revolucionaria”.⁷ En *L’Ancien Regime et la Revolution* (en adelante *AR*) la impresión de Tocqueville es que, si bien la revolución de Febrero de 1848 provoca la caída de Luis Felipe y el fin de la monarquía de Julio, no es más que un episodio de la “Revolución Francesa que comienza y es siempre la misma” (*Souvenirs*, 801), apenas un “nuevo acto de la misma obra” (*Souvenirs*, 755). Salvo “algunos espectáculos de grandeza”, aletea en los acontecimientos un aire grotesco, pues los protagonistas parecen más “ocupados a jugar a la Revolución que a continuarla”. A pesar de que preveía “que el resultado de los acontecimientos sería terrible” sostiene que “nunca pude tomar en serio a los actores pues todo me parecía una mala tragedia interpretada por histriones de provincia” (*Souvenirs*, 789).

Este es el impacto que le producen los acontecimientos de Febrero, pero a la luz de lo que escribirá cuando los obreros de París se levanten en armas durante tres días en junio, debería haber dicho lo contrario, es decir, que a pesar de ser interpretada por histriones de provincia, la tragedia superaría a los protagonistas.

El desarrollo de los hechos posteriores lo enfrenta en cambio a la evidencia de que a partir de 1848, los acontecimientos irán más allá del simple cambio de régimen, del pasaje de la monarquía burguesa a la república, y de ésta al Tercer Imperio. El espíritu revolucionario que hasta ese momento había dado lugar a un solo retoño –el cambio de régimen– daría luz a un nuevo vástago: la polarización y la radicalización.

Tocqueville y la polarización

Raymond Aron escribió que los combates librados en Francia entre 1848 y 1859 se asemejan más a los combates políticos del siglo XX que a cualquier

otro episodio del siglo XIX (Aron, 1967:275). De acuerdo con este pensador francés, se puede observar en ese período “la lucha triangular entre lo que se denominan en el siglo veinte, los fascistas, los demócratas más o menos liberales y los socialistas, lucha que se ha observado por ejemplo entre 1920 y 1933 en la Alemania de Weimar. Ciertamente los socialistas franceses de 1848 no se parecen a los comunistas del siglo XX; los bonapartistas de 1850 no son ni los fascistas de Mussolini ni los nacionalsocialistas de Hitler. Pero no es menos cierto que este período de la historia política de la Francia del siglo XIX presenta ya los principales actores y las rivalidades típicas del siglo XX” (Aron, *ibídem*). Elaborando a partir de la cita de Aron, podemos decir que su reflexión nos ofrece un cuadro bastante sistemático de los fenómenos de polarización y radicalización propios de la política de masas.

La visión de Tocqueville del período que comienza con la revolución de 1848 y que derriba la monarquía burguesa de Luis Felipe y culmina en el golpe de estado de Napoleón III, se plasma en dos textos: los *Souvenirs* (sus recuerdos sobre la revolución de 1848) y *L’Ancien Régime et la Révolution*.

No es difícil ni arbitrario ubicar a Tocqueville en el centro del escenario político surcado por la polarización, y que tiene en uno de sus extremos al socialismo de los obreros parisinos y en el otro al bonapartismo. El socialismo habría de ser la amenaza latente –aún después de derrotado en las jornadas de junio de ese año– para “una sociedad que parecía volverse grande y próspera, a la par que libre; en la cual yo había concebido la idea de una libertad moderada, regular, contenida por las creencias, los hábitos y las leyes; los encantos de esta libertad me habían conmovido; ella se había vuelto la pasión de toda mi vida; y yo sentía que jamás me consolidaría de su pérdida y veía ahora que era necesario renunciar a ella” (*Souvenirs*, 800). Este escenario daría a Napoleón III la oportunidad y el pretexto para instaurar su despotismo aprovechándose del miedo burgués al socialismo.

Tanto el socialismo como el bonapartismo eran para Tocqueville frutos del mismo árbol: el espíritu revolucionario. La reflexión anticipa la convicción común de los demócratas del siglo XX de que los extremos –el fascismo y el comunismo– se tocan. Retoños del mismo árbol revolucionario, se trata de hermanos enemigos, y si bien el bonapartismo se ofrece como baluarte

del orden constituido –de la autoridad, de la moral y de la religión⁸– en contra del socialismo, se trata en verdad de un extremo: más que un baluarte que ampara, es un fuelle que reaviva las cenizas del extremo contrario. Tocqueville le advierte a su hermano:

¿No te das cuenta de que se trata de que esto es la revolución bajo otra forma, y que este gobierno es tan excesivo en su género mucho más de aquel al cual sucede; que establece un estado de cosas extremo que llama inexorablemente al extremo contrario, que todos sus procedimientos son revolucionarios, prestados de las peores épocas de la Revolución y que la sola diferencia es que son empleados en contra de nuestros enemigos, y no en contra de nosotros? (*Lettres choisies*, 1023).

Pero esta visión de la polarización, la de un moderado que observa cómo los extremos se realimentan, es el trazo final del bosquejo, una vez que el bonapartismo se ha instalado en el poder. En el primer momento y antes del levantamiento popular en junio de 1848, Tocqueville no constata (como lo hará en 1851) la polarización entre tres actores, sino la polarización entre dos de ellos, es decir entre “la sociedad escindida en dos: aquellos que no poseían nada unidos en una codicia común, y aquellos que poseían algo unidos en la angustia común; ya no había lazos, ya no había ninguna afinidad entre estas dos grandes clases” (*Souvenirs*, 829). Para Tocqueville la polarización se manifiesta de dos modos que difieren entre sí, tanto por su dinámica como por sus consecuencias.

A pesar de la angustia que lo invade antes del inicio del “combate de clases, una suerte de guerra servil” (*Souvenirs*, 862), y con el eco en sus oídos “del ruido del cañón y los disparos”, vuelve a reiterar su lamento al final de los tres días que dura el conflicto, ante el espectáculo de “la más terrible de todas las guerras civiles, la guerra de clase contra clase”.⁹ Pero a pesar de los contornos trágicos de los acontecimientos revolucionarios, tanto su visión previa como la que emite finalizado el conflicto, es optimista. Los obreros de París son una minoría que entra en colisión con la mayoría de la sociedad francesa. “La propiedad, para todos aquellos que gozaban

de ella se había convertido en una suerte de fraternidad. Los más ricos eran los hermanos mayores, y los menos ricos los hermanos menores; pero todos se consideraban como hermanos con el mismo interés en defender la herencia común. Puesto que la Revolución francesa había expandido la posesión de la tierra hasta el infinito, la población toda entera parecía formar parte de toda esta familia” (*Souvenirs*, 818-819). Del otro lado y a pesar de ser una minoría, los líderes revolucionarios “extraían la falsa consecuencia de que los obreros de París eran el pueblo francés” (*Souvenirs*, 843).

Mientras para los obreros y los líderes revolucionarios la república era sólo un medio y el socialismo el fin (*Souvenirs*, 809), Tocqueville enarbolaba una bandera que tenía a la República como fin y como medio, y convocaba a un combate en defensa del orden social en contra de sus enemigos apoyándose en la fuerza nueva que el principio republicano podía dar al gobierno “haciendo triunfar la voluntad evidente del pueblo francés sobre las pasiones y los deseos de los obreros de París, venciendo así la demagogia por medio de la democracia” (*Souvenirs*, 836). Los revolucionarios creyeron que al establecer el sufragio universal convocaban al pueblo en auxilio de la revolución, aunque le dieron únicamente el arma en contra de ella (*Souvenirs*, 828). En la jerga actual, diríamos que para nuestro autor la polarización entre estos dos actores consolida la democracia.¹⁰

En efecto, como en un verdadero *jeux de dupes*, en las elecciones a la asamblea constituyente, sobre 880 representantes aproximadamente 500 fueron republicanos moderados, 300 monárquicos y menos de 100 republicanos de izquierda, entre los cuales había muy pocos socialistas. La democracia por medio del sufragio universal sería el antídoto más eficaz contra el socialismo.

Interpretaciones

Un mismo hilo anuda *La Democracia en América* con *El Antiguo Régimen*: cómo encauzar en favor de la libertad la marcha irresistible de las sociedades modernas hacia la igualdad social. Tocqueville expresa esta inquietud en

una carta a uno de sus amigos: “la idea general que resume mi libro *–La Democracia en América–* es la de indicar a los hombres lo que deben hacer para evitar la tiranía y la decadencia mientras conservan la Democracia, la que aparecerá en todas las páginas del libro que estoy escribiendo en este momento [*El Antiguo Régimen*]”.¹¹

Sobre las vicisitudes de la libertad en la crisis del Antiguo Régimen, que desemboca en la Revolución Francesa, el pensamiento de Tocqueville ha recibido tres interpretaciones que son en parte opuestas y en parte complementarias. Son las de Émile Faguet, Richard Herr y Jean Claude Lamberti. Faguet resume el argumento de Tocqueville de este modo: “Antes de la Revolución Francia tenía tres gobiernos: (1) el central –el rey y su consejo, dirigiendo a Francia a través de ministros y comisarios, administrando el país hasta el último detalle, regulándolo, haciéndolo servir y pagar– en resumen, un gobierno moderno, centralizador, absorbente y que somete todo a su órbita;¹² (2) un gobierno feudal, que se hace sentir con mayor o menor fuerza aquí y allí, imponiendo la esclavitud local, impuestos y otras obligaciones –chicanas y humillaciones más que sometimiento–, no muy fuerte pero molesto, complicado e irritante;¹³ (3) instituciones provinciales libres¹⁴ que sobreviven en algunos lugares, pero con vigencia común sólo en la Bretaña y el Languedoc. (...) El primero era sin dudas el más fuerte de los tres (...) y la Revolución no hizo más que esto: de los tres gobiernos, de los cuales sólo uno era opresivo, destruyó los otros dos que no lo eran” (Faguet, 1970:93).

Por su parte Richard Herr distingue en su texto sobre el Antiguo Régimen tres niveles. En el primero, que llama el de las olas que se mueven en la superficie, consiste en la descripción del gobierno y la sociedad del antiguo régimen, y tienen como eje los conocidos temas de la centralización monárquica y su consecuencia, la decadencia de la aristocracia. Pero debajo de las olas, dice Herr, está el flujo y el reflujo, el ascenso y la bajada de las mareas. Estos flujos y reflujos son los que oponen a la sociedad aristocrática, es decir una sociedad de privilegios y desigualdades sancionados por la ley, al avance irresistible de la democracia, es decir de la igualdad: igualdad frente a la ley e igualdad de oportunidades (1962:35-55).

La revolución destruyó la aristocracia y logró la democracia. El tercer nivel, dice Herr, es el nivel de las corrientes profundas, el de las relaciones entre las clases. Es el momento en que Tocqueville diagnostica la causa de la crisis del antiguo régimen. Por un lado, estas clases, es decir “todos los hombres ubicados por encima del pueblo se parecían; tenían las mismas ideas, los mismos hábitos, poseían los mismos gustos, se libraban a los mismos placeres, leían los mismos libros, hablaban el mismo lenguaje. Sólo diferían entre sí por sus derechos” (AR I, 146).

Tocqueville encuentra el origen histórico de esta separación en el momento en que surge la desigualdad impositiva, es decir cuando la nación francesa “permitió a los reyes de establecer un impuesto sin su concurso, y donde la nobleza tuvo la cobardía de dejar que se pusiese un impuesto al tercer estado, siempre que ella quedase exceptuada: desde ese día se sembró el germen de todos los vicios y casi todos los abusos que afectaron al antiguo régimen el resto de su vida, y que terminaron por causar su muerte violenta”. A partir de ese momento “cada año la desigualdad impositiva, separa así las clases y aísla a los hombres más de lo que habían estado ya aislados hasta entonces” (AR I, 161).¹⁵

En el título del capítulo X del libro II estaría así el núcleo de la radiografía de Tocqueville sobre la crisis del Antiguo Régimen: *Cómo la destrucción de la libertad política y la separación de las clases causaron casi todos los males de los que pereció el antiguo régimen*. Según Herr, en el nivel de las corrientes uno debería leer “*Cómo la destrucción de la libertad política y las barreras erectas entre las clases impidieron que bajo la democracia Francia fuese una sociedad libre*” (Herr, 1962: 55).

La lectura de Lamberti (1983:238-43), en cambio, tiene como telón de fondo lo que Tocqueville denomina el *individualismo* colectivo que se desarrolla bajo el Antiguo Régimen *antes* de la Revolución.¹⁶ Mientras para Herr la corriente profunda en el análisis de Tocqueville está en el capítulo diez, que finaliza con el odio entre las clases, para Lamberti las corrientes profundas parecen emerger en el capítulo IX del libro segundo que tiene como núcleo el tema del individualismo. Estas corrientes se manifiestan en la división de la sociedad francesa en mil pequeños grupos que no pensaban

más que en sí mismos: “Se trataba, si me puedo expresar así, de una suerte de individualismo colectivo que preparaba las almas al verdadero individualismo que hoy conocemos” (AR I, 158).

Las interpretaciones de Herr y Lamberti se oponen y se complementan a la vez. Ambas reconocen en Tocqueville la misma melodía pero la interpretan con un ritmo propio. Para Herr la corriente profunda, el odio entre las clases, culmina en el individualismo colectivo (Herr, 166). Tocqueville parece abonar esta interpretación cuando sostiene que “la división entre las clases fue el crimen de la antigua monarquía”. Para Lamberti, en cambio, el individualismo colectivo, es decir la separación entre los grupos, culmina en el odio entre las clases, de modo que el individualismo constituye en palabras de Tocqueville el mal que “de todas las enfermedades que atacaron la constitución del antiguo régimen y lo condenaron a perecer (...) fue la más mortal” (AR I, 159). Como vemos, el énfasis en los adjetivos abona tanto una u otra interpretación.

El individualismo *tout court* o su variante, el individualismo *colectivo* expresan lo que la literatura moderna denomina problemas de acción colectiva, es decir las dificultades de individuos y grupos en romper la aporía del juego del prisionero y cooperar en aras de intereses comunes.¹⁷ Sea pues, que se trate de individuos aislados, o de clases o grupos también aislados y enfrentados entre sí, unos y otros son incapaces de cooperar; en ambos casos estamos ante falencias de cooperación o de acción colectiva.

En la conclusión, Tocqueville resume esta incapacidad para la acción colectiva que llevó a la ruina al antiguo régimen y nos dice que cuando “llegó la Revolución se habría buscado en vano en la mayor parte de Francia diez hombres que tuviesen la costumbre de actuar en común de manera regular” (AR I, 246). También podía haber escrito que cuando llegó la revolución no había en Francia diez grupos que pudiesen actuar en común.

De modo tal que las interpretaciones de Herr y de Lamberti, vistas desde el prisma tocquevilliano de la acción colectiva, difieren en sus énfasis, pero no en su sustancia.

La acción colectiva y las clases sociales

Para el autor francés “solamente las clases deben ocupar la historia” (AR I, 179). Si uno no supiera quién escribió esta frase, la aseveración resuena como el eco de uno de los truisms sociológicos propios de la década del sesenta.

Como ocurre también con la noción central de su esquema conceptual, la noción de democracia, la definición de las clases de Tocqueville es bastante vaga, pues connota actores y acepciones diferentes. Alternativamente las clases prenden el significado de una elite o grupo gobernante caracterizado por la cohesión, organización y flexibilidad de sus miembros (AR I, 179) tal como lo entienden posteriormente los teóricos elitistas como Gaetano Mosca. Este uso del término se hace presente en su análisis siempre elogioso de la aristocracia inglesa. En otras ocasiones las clases son el término para designar la sociedad de órdenes del antiguo régimen y dos de sus estamentos: el tercer estado y la nobleza. En otras circunstancias “usa este concepto con una ambigüedad perpetua: el concepto de clase se refiere unas veces a la sociedad de ordenes del Antiguo Régimen y otras veces, según una combinación del derecho-privilegio legal del antiguo régimen y un criterio por otra parte muy vago de riqueza y dignidad social, que engloba a la burguesía acomodada dentro de las clases superiores” (Furet, 1978:234). Volveré seguidamente con más atención sobre este aspecto.

Por último, las clases son los actores de los albores de la sociedad industrial moderna. En los *Souvenirs*, presenta sus recuerdos como testigo y protagonista en la revolución de 1848: “no hubo una lucha política (en el sentido que nosotros habíamos dado a ese término hasta ese momento) sino de un combate de clases, de una guerra servil” (p.806); del enfrentamiento violento entre los obreros parisinos carentes de propiedad, y el resto de la sociedad francesa, campesinos, notables burgueses y aristócratas mancomunados en el gozo e interés de la propiedad en una suerte de fraternidad (p.776).

Propietarios y no propietarios, la propiedad o su carencia en sentido casi marxista es ahora el criterio que define la pertenencia a una u otra categoría y es causa a la vez del enfrentamiento de junio. Si bien todos los

comentaristas –desde Furet a Wolin– coinciden en que Tocqueville no es ajeno al miedo social que caracteriza al siglo XIX, lo cierto es que en Tocqueville los juicios del protagonista no siempre coinciden con los juicios del observador. Mientras el primero decidía presentar su candidatura a las elecciones a la asamblea constituyente para defender no “a determinado gobierno, sino a las leyes que rigen la sociedad” (*Souvenirs*, 775), el segundo dudaba o no dejaba de interrogarse expresando su escepticismo acerca del carácter supuestamente inmutable de dichas leyes dado que “en materia de constitución social, el campo de lo posible es bastante más vasto de lo que los hombres que viven en cada sociedad lo imaginan” (*Souvenirs*, 770).

Wolin indica que, a diferencia de Marx y su historia de clases antagónicas, en Tocqueville al principio había cooperación entre las clases y sólo posteriormente surgen el conflicto y la separación (Wolin, 2001:543). Si bien esto es cierto, el aspecto más interesante de su análisis sigue siendo el modo en que trata la separación y sus consecuencias, es decir, cuando analiza los grupos y clases sociales que estaban por encima del pueblo, iguales y semejantes en sus gustos, lecturas y hábitos, pero separados por sus derechos (AR 1, 146).

Su análisis anticipa las intuiciones de la sociología de los años ‘50 sobre el extremismo político, tal como es formulada en la hipótesis de la “incongruencia de status” de Lenski (1954:406-413) quien, siguiendo la distinción tripartita de Max Weber entre prestigio, poder, e ingresos, sostiene que las diferencias entre estos tres aspectos generan lo que él denomina *incongruencia de status*. Ésta surge de los conflictos y discrepancias entre quienes poseen el mismo nivel de ingresos o status económico, pero que ocupan posiciones diferentes en la escala de prestigio o, viceversa, entre quienes poseen un prestigio social similar, pero con diferentes niveles de ingreso según su actividad o profesión. Lenski sugiere que estas incongruencias son el factor catalizador de la radicalización política de uno u otro signo. Quienes son ricos pero no son socialmente reconocidos, o quienes tienen el reconocimiento social –apellido, títulos, tradición asociada a profesiones como la militar o la carrera burocrática– pero sufren un empobrecimiento económico: estos procesos se producen muchas veces como consecuencia

de cambios revolucionarios o guerras, que acaban con un orden social existente, y transforman en *declassés* a grupos sociales enteros.

Tocqueville observa que esta incongruencia provoca extremismo y radicalización política cuando “las diferentes clases que compartían la sociedad de la antigua Francia volvieron a ponerse en contacto, hace sesenta años, después de haber estado aisladas tanto tiempo por tantas barreras, ellas se pusieron en contacto a través de los rincones más dolorosos, y se reencontraron nada más que para despedazarse. Todavía en nuestros días sus celos y sus odios las sobreviven” (AR 1,169).¹⁸

El hecho de parecerse o ser casi iguales, en realidad los vuelve muy distintos en su identidad colectiva, y opuestos en sus comportamientos políticos. Como dice Faguet: “los franceses de 1789 estaban en contra de los nobles porque eran *casi* iguales a los nobles; es la pequeña diferencia la que puede ser apreciada, y lo que cuenta es lo que puede apreciarse. La clase media del siglo dieciocho, era rica, en condiciones de ocupar *casi* cualquier cargo, *casi* tan poderosa como la nobleza. Y ese *casi* era precisamente lo que la exasperaba” (Faguet, 1970:93).

Volvamos ahora al impacto que el conflicto de clases tiene en el surgimiento del despotismo. Nada nutre más al despotismo, nos dice Tocqueville en una nota del tomo II, que “los odios y los celos entre las clases”, siempre y cuando “estos odios y envidias sean un sentimiento amargo y tranquilo, que alcanza a impedir que los hombres se entiendan pero no lo bastante vivo para llevarlos a combatirse. No hay gobierno que no sucumba en el medio del choque violento entre las clases una vez que estas han comenzado a enfrentarse” (AR, II:114).¹⁹

A pesar de que estos apuntes resuenan como un recordatorio del conflicto de clases de los *Souvenirs*, el recuerdo de 1848, no alcanza empero para ser incluido en su aparato conceptual. Así es como nuestro autor no desarrolla la argumentación de los *Souvenirs* para explicar el despotismo de Napoleón III, sino que vuelve al esquema conceptual del ensayo de 1836, *État social y politique de la France avant et depuis 1789*.

No deja de ser curioso que Tocqueville haya buscado el origen del despotismo de Napoleón III en el pasado más lejano y no en el pasado más

reciente, contrariando así la actitud del historiador que entre dos causas, una lejana y una próxima, se inclina por la segunda. Pero Tocqueville no es en ese sentido un historiador profesional: “El principal mérito de un historiador es el de saber cómo concertar el tejido de los hechos, y yo no sé si esa capacidad está dentro de mi alcance. Hasta el momento he sido mejor juzgando los hechos que relatándolos”.²⁰

Wolin ha sugerido que Tocqueville nos obsequia una forma nueva de ver la realidad, en parte historia, en parte mito, con la teoría como elemento gobernante.²¹ El mito aparece en las dos modalidades en las cuales el pasado se enhebra con el presente. La primera modalidad aparece en la *Democracia en América*, donde Tocqueville había profetizado el futuro del Viejo Mundo, observando el Nuevo; la segunda modalidad está presente en el *Antiguo Régimen* cuando, en contraste con la primera, observa como en la administración centralizada del Viejo Mundo se corporiza ya el despotismo democrático moderno,²² o cuando sostiene que “entre todas las sociedades del mundo aquellas a las que más les costará evitar el gobierno absoluto, son aquellas en las que la aristocracia no existe o dejó de existir” (AR, 74). Tocqueville descubre de esta manera “un elemento democrático en las instituciones feudales” (Wolin, 2001:529,532). En la primera modalidad, el pasado está a remolque del futuro, el antiguo régimen es un arcaísmo que precede a la modernidad, el orden monárquico y estamental a la democracia; en la segunda modalidad, el presente es una prolongación del pasado. En la primera, el pasado y el presente constituyen opuestos dialécticos, en la segunda la dialéctica se ha disuelto en el mito.

Tanto en los *Souvenirs* como en su correspondencia, Tocqueville interpreta el bonapartismo como fruto de la polarización. En la carta a su hermano en cambio, el bonapartismo es el segundo retoño del espíritu revolucionario; el primero es el socialismo. Pero si los clivajes políticos de 1848 crepitan en su ánimo, no son incorporados en su aparato conceptual a la hora de analizar el despotismo de Napoleón III. En su libro sobre el Antiguo Régimen en cambio, el bonapartismo surge como un fruto de la polarización entre las clases, es decir de la ausencia de acción colectiva: “la división de clases fue el crimen de la antigua monarquía y devino más tarde su excusa; pues

cuando... la parte más esclarecida de la nación no puede comprometerse con las tareas de gobierno, la administración del país por sí mismo, se vuelve imposible y es necesario que intervenga un patrón” (AR 1, 166).

El pasado o el recuerdo reciente sucumbe frente al mito, es decir frente al pasado inmemorial.

Conclusiones

Si el espíritu revolucionario, es decir la fusión de la ilegalidad y la violencia, se manifiesta en el siglo pasado en el radicalismo de masas de bolcheviques y fascistas, la visión de Tocqueville nos anticipa el liberalismo del siglo XX. A su hermano le escribe que el socialismo y el bonapartismo son retoños del mismo árbol. La misma idea late en las visiones liberales posteriores, que soslayan las diferencias entre los totalitarismos comunistas y fascistas, y destacan el común denominador de su odio y desprecio por la democracia liberal.

Su observación sobre los extremos que se realimentan no debe confundirse con sus juicios sobre las consecuencias de la polarización. Inicialmente negativa y pesimista, pues la polarización desemboca en el despotismo o en el mejor de los casos hace imposible cualquier gobierno, su visión se modifica a propósito del conflicto que enfrenta a los obreros de París con el resto de la sociedad francesa. De lo cual concluye que la polarización puede tener efectos benéficos en aquellas ocasiones en las que el sufragio universal permite combatir a la demagogia con la democracia.

Decíamos que una sociedad polarizada da lugar a una distribución de las opiniones políticas en tres modos –la derecha, el centro y la izquierda– con poco o ningún recurso a la fuerza por parte de los protagonistas

La radicalización en cambio da lugar a una distribución dualista de las opiniones políticas, una lógica amigo/enemigo y la presencia de movimientos y/o comportamientos extremistas caracterizados por la ilegalidad y la violencia.

En Tocqueville, la primera surge cuando la mayoría de la sociedad francesa derrota a los obreros de París, mientras que la segunda se expresa a través

del espíritu revolucionario de bonapartistas y socialistas, extremistas que recurren a la ilegalidad y a la violencia.

Es justo señalar que, *contrario sensu* a nuestras definiciones, para Tocqueville la polarización tiene una distribución dualista (la mayoría de la sociedad francesa vs. los socialistas) mientras que la radicalización da lugar a una distribución que opone a socialistas y bonapartistas en los extremos, y a los moderados en el centro. Las diferencias de grado entre una y otra expresan también diferencias de sustancia.

NOTAS

- 1 La religión, la ideología, la región, el régimen político, la posición o clase social son características que pueden separar a los individuos, es decir, son fuentes de clivajes.
- 2 La intuición de Hartz y su lógica corresponden al argumento del sinistrismo, si bien aquí la izquierda del clivaje entre whigs y liberales franceses oscila entre el centro y la derecha.
- 3 La ausencia de una aristocracia y/o tradición feudal en los Estados Unidos es un *leit-motiv* del contraste con Europa. Tocqueville resalta que a pesar de sus semejanzas aparentes, los propietarios esclavistas del sur no constituyen una aristocracia como ésta se entiende en Europa, en razón de que los propietarios esclavistas “no poseían privilegios, y que el cultivo por los esclavos los despojaba de arrendatarios, y por tanto de patronazgo” (DA, I:46).
- 4 En sus notas del viaje a los Estados Unidos Tocqueville registra que “en América, los hábitos han creado las instituciones políticas libres, en Francia las instituciones políticas libres habrán de crear los hábitos” (Pierson, 1996:414).
- 5 Ya en sus primeros escritos bajo el Directorio, Constant (1989) distingue entre los principios de 1879 y los excesos de la Revolución, negando que el Terror haya salvado a la República de la reacción.
- 6 En 1816 Chateaubriand afirma que “es necesario conservar la obra política, resultado de la revolución (...) pero extirpar la revolución de su propia obra, en lugar de encerrarla en ella, como se ha hecho hasta nuestros días” (Chateaubriand, 1993:447).
- 7 Éste es el título del segundo capítulo escrito por Tocqueville para la obra sobre la Revolución que tenía en preparación y que no llegó a concluir por sorprenderlo la muerte.
- 8 Dos meses después del golpe de Estado, en una carta a su hermano Edouard y quien para su espanto había adherido a Napoleón III, Tocqueville desestima su argumento de que en realidad no se trataría de una adhesión a la persona de Napoleón, sino de reafirmar estos tres pilares del orden constituido (Carta a su hermano Édouard, 14 de febrero de 1852, en *Lettres choisies*, 1023).
- 9 Carta a Paul Clamorgam, 24 de junio de 1848, en *Lettres choisies*, 631.

- 10 Morlino (1998) argumenta que la polarización italiana luego de 1946 creó las condiciones para la consolidación del régimen democrático luego de la caída del muro. El cambio de régimen en Italia en 1990 debe entenderse en forma contra-intuitiva: no se trató de una crisis sino de una consolidación.
- 11 Citado por Émile Faguet en su libro sobre Tocqueville (1970:99). Mi traducción.
- 12 El proceso se describe en los capítulos del 2 al 6 del segundo libro de *DA*.
- 13 El gobierno feudal y sus “molestias” son descriptas en el primer capítulo del libro segundo.
- 14 El gobierno provincial libre está descrito en el Apéndice del *Antiguo Régimen*.
- 15 Tocqueville ofrece una explicación puntual del fenómeno de la separación de clases a partir de la creación de un impuesto particular el llamado derecho de *franc fief* que se aplicaba exclusivamente a los burgueses que poseían propiedades nobles, y separaba de este modo a los burgueses de los gentilhombres. Mientras todo lo contrario sucedía en Inglaterra, donde desde el siglo XVII se había abolido la distinción entre la propiedad feudal y la burguesa (*AR I*, 163).
- 16 Lamberti pone énfasis en señalar que para Tocqueville el individualismo no comenzó con la Revolución Francesa, como lo afirman las interpretaciones más convencionales, sino que es una enfermedad del Antiguo Régimen.
- 17 Tocqueville denomina el arte de asociarse lo que hoy denominamos acción colectiva. Para nuestro autor el individualismo es lo opuesto al arte de asociarse. La metáfora del *free-rider*, como aquel que saca provecho del esfuerzo ajeno, captura y define en buena medida este modo individualista. Siguiendo con la analogía, es fácil ver que el individualismo es en parte el sinónimo de lo que hoy denominamos problemas de acción colectiva.
- 18 El argumento se reitera en el vol. 2 de *L'Ancien Régime*, pág. 108, que recoge los fragmentos y notas inéditas sobre la Revolución.
- 19 En la nota b) vuelve a enfatizar el mismo punto: “No hay gobierno que no perezca en el medio de la lucha de clases violenta, una vez que no ha podido impedir que esta comience”. El recuerdo de 1848 es imborrable, que si bien como dijimos no aparece en su aparato conceptual, permanece en su memoria, como parece sugerirlo Herr (1962:74-76).
- 20 Carta a Kergolay, 15 de diciembre de 1850, en OC XIII, Vol. 2, pp. 229-33.
- 21 Según Wolin la construcción de Tocqueville es similar a la de Tucídides, “que combinaba la evidencia histórica con elementos míticos, en un esfuerzo guiado por objetivos políticos y conformado por designios teóricos. Las similitudes entre el historiador con inclinaciones teóricas de la guerra del Peloponeso y el teórico con inclinaciones históricas del Antiguo Régimen, son tan patentes que parecen indicar la presencia de un intento de imitación deliberado. Lo que conecta a ambos es una fascinación compartida por lo extraordinario” (Wolin, 2001:509). Para Wolin, esta similitud se manifiesta en forma asombrosa en los últimos párrafos del Antiguo Régimen. Allí traza un cuadro de los atributos opuestos que caracterizan el carácter nacional francés del mismo modo que Tucídides lo hace con las virtudes opuestas de los atenienses y espartanos, en el discurso de los corintios en la asamblea de Esparta. Lo que en Tucídides son las virtudes opuestas de las dos naciones griegas, se combinan ahora en una sola nación, la francesa (Wolin, 2001:509). Es plausible, como dice Wolin, que Tocqueville continuase los pasos de Tucídides, quien

a su vez seguía a Protágoras, introductor de las antilogías, la comparación simultánea de argumentos en discursos antitéticos, que aparece regularmente en los discursos de los contendores y hombres de Estado en la Historia de la Guerra del Peloponeso. Como lo señala Jacqueline de Romilly (1956:180ss), la antilogía tiene en Protágoras dos intenciones. La primera es que sobre toda cuestión siempre hay dos discursos o argumentaciones contrarias. La segunda es debilitar uno de los discursos por medio del otro, que lo refuta o lo compensa. Pero tampoco es de descartar que Tocqueville siguiese la idea de Pascal de que la aplicación pura de un principio genera la emergencia de su contrario, noción que aparece un par de veces señalado en el vol. II de *L'Ancien Regime et la Revolution*.

- 22 Faguet lo había formulado en su momento: “La verdad es que ya antes de 1789 había en Francia una suerte de Napoleón que había encontrado en su camino, sin ser obstaculizado por ellos, derechos señoriales en áreas no muy extensas, y libertades provinciales sin mucho poder” (1970:92).

BIBLIOGRAFÍA

- Aron, Raymond, 1967, *Les étapes de la pensée sociologique*, Paris: Gallimard.
- Bialer, S. y Sluzar, S. (eds.), 1977, *Sources of Contemporary Radicalism*, Boulder, Colorado: Westview Press.
- Chateaubriand, François René, 1993 (1816), *De la Monarchie selon la Charte*, Imprimerie Nationale.
- Constant, Benjamin, 1989, *De la Force du Gouvernement actuel de la France et de la nécessité des y rallier, Des Reactions Politiques, Des effets de la Terreur*, Paris: Flammarion.
- Duverger Maurice, 1976, *Les Parties Politiques*, Paris: Armand Colin.
- Faguet, Émile, 1970, *Politicians and Moralists of the Nineteenth Century*, New York: Freeport.
- Furet, François y Ozouf, Mona, 1988, *Dictionnaire Critique de la Révolution Française*, Paris: Flammarion.
- Furet, François y Ozouf, Mona (comp.), 1989, *The Transformation of Political Culture*, Vol. 3 de *The French Revolution and the Creation of Modern Political Culture*, New York: Pergamon Press.
- Furet, François, 1978, *Penser la Révolution française*, Paris: Gallimard.
- Hartz, Louis (ed.), 1964, *The Founding of New Societies: Studies in the History of the United States, Latin America, South Africa, Canada, and Australia*, Harcourt, Brace & World.

- Hartz, Louis, 1991 (1955), *The Liberal Tradition in America: An Interpretation of American Political Thought since the Revolution*, New York and London: Harcourt Brace (En español: *La tradición liberal en los Estados Unidos*, México: F.C.E., 1994).
- Herr, Richard, 1962, *Tocqueville and the Old Regime*, Princeton: Princeton University Press.
- Lamberti, J.C., 1983, *Tocqueville et les deux démocraties*, Paris: P.U.F.
- Lenski, G., 1954, "Status crystallisation: a non-vertical dimension of social status", en *American Sociological Review*, Vol.19, pp. 405-414.
- Lipset, Seymour M., 1977, "Why no socialism in the United States?", en Bialer y Sluzar (eds.), op. cit.
- Melonio, Françoise, "Tocqueville aux origines de la démocratie française", en Furet y Ozouf, 1989.
- Morlino, L., 1998, *Democracy between Consolidation and Crisis: Parties, Groups and Citizens in Southern Europe*, Oxford: Oxford University Press.
- Pierson, G.W., 1996, *Tocqueville and Beaumont in America*, Baltimore: The Johns Hopkins University Press.
- Romilly, Jacqueline de, 1956, *Histoire et raison chez Thucydide*, Paris: Les Belles Lettres.
- Sartori, Giovanni, 1988, *Teoría de la democracia*, Tomo 1, Madrid: Alianza Editorial.
- Tocqueville, Alexis de, 1961 (1835/40), *De la Démocratie en Amérique*, en *Ouvres Complètes*, Tome 1, vol. 1-2, Paris: Gallimard.
- Tocqueville, Alexis de, 1970, *Correspondance D'Alexis de Tocqueville avec P.P -Royer-Collard et avec J.J Ampère et*, en *OC*, Tome XI, Paris: Gallimard.
- Tocqueville., Alexis de, 1977, *Correspondance d'Alexis de Tocqueville et Louis de Kergolay*, en *OC*, Tome XII, Paris : Gallimard.
- Tocqueville, Alexis de, 1981, *L'Ancien Régime et la Révolution*, en *OC*, Tome II, vol. 1-2, Paris: Gallimard.
- Tocqueville, Alexis de, 1985, *Écrits et discours politiques sous la monarchie de Juillet*, en *OC*, Tome III, Vol. 2, Paris: Gallimard.
- Tocqueville, Alexis de, 2003, *Lettres choisies. Souvenirs*, Françoise Melonio y Laurence Guellec (eds.), Paris: Gallimard.
- Wolin, Sheldon, 2001, *Tocqueville between two worlds*, Princeton: Princeton University Press.

SMITH, ETHICS, AND LIBERAL MARKET ORDERS*

*Douglas J. Den Uyl***

Abstract: In this article I explore the relationship between ethics and liberal market orders in Adam Smith's *Theory of Moral Sentiments and Wealth of Nations*. I find that the link between these two works is a non-ideological one, in that one cannot infer a particular economic or political program from an understanding of his ethics alone. Smith does not expect ethics, politics and economics to converge in a neat ideological package nor, I argue, does he expect one to completely rule over the others.

In every age and country of the world men must have attended to the characters, designs, and actions of one another and many reputable rules and maxims for the conduct of human life, must have been laid down and approved of by common consent...The science which pretends to investigate and explain those connecting principles, is what is properly called moral philosophy.

Adam Smith¹

It is fashionable these days for liberals to repair to Adam Smith when they want to discuss the ethics of the market or defend liberal values. Smith did, after all, write a work on ethics and placed ethics more centrally in his system than he did economics.¹ But Smith's attitude towards ethics is not without interpretative difficulties, nor is it the most prominent one in historical defenses of liberalism. With respect to the latter issue, Smith seems to have, for example, very little use for the doctrine of natural rights. Natural rights, at least in its

* Forthcoming in Manfred Petri & Michael Zoeller (eds.), *The Market Society and Its Morality: 250 Years of Adam Smith's Theory of Moral Sentiments*, Bayreuth, 2010.

** Ph.D in Philosophy (Marquette University). Masters in Philosophy (University of Chicago).
Email: ddenuy1@libertyfund.org

Lockean formulations, have been one of the most common and successful defenses of such liberal values as property rights and limited government. It is certainly not obvious that an ethics of sentiment and sympathy such as Smith's can get as hard edged conclusions in favor of liberal values as can Lockean natural rights. No doubt this is the reason that defenders of classical liberal or libertarian political perspectives prefer the language of individual rights to that of sentiment and sympathy. It is thus interesting that the name most associated with free markets and liberal social orders, namely Adam Smith, has one of the least utilized ethical theories in defense of it.

Historically there has been a question of whether Smith's *Theory of Moral Sentiments* and his *Wealth of Nations* contradicted each other in some fundamental way. This issue came to be known as "das Adam Smith Problem." Scholars today reject the idea that the two works are in fundamental conflict, but saying that does not yet clarify their relationship. For example, a typical understanding, especially among economists and classical liberals generally, has been something like the following:

Smith believed in relatively free markets.

He also had an ethical theory.

Therefore, we should read his ethical theory in light of his advocacy of free markets.

Today almost the opposite is occurring among scholars. Now the argument goes something like the following:

Smith had an ethical theory which was of primary importance to him.

He also wrote about how markets work.

Therefore, we should interpret his understanding of markets in light of his ethical theory.

In this latter way of looking at things, Smith's ethics is the check upon any ideological reading of his economics.³ It is what his economics must be understood in light of, and not the reverse. Neither one of these approaches

requires that one accept the idea of a fundamental conflict between Smith's two major works, but they are surely rather different approaches nonetheless to their relationship.

Even if that relationship were completely clear in Smith, it would still be possible to ask more generally about the relationship between ethics and liberal market orders. We thus have the general question of the relationship between the two and the specific question of their relationship in Adam Smith. In the latter case, my answer is that the link between TMS and WN is a non-ideological one; and I would further hold that the link between ethics and politics is also generally non-ideological. By "ideological" I mean something like an integrated pattern of assertions or conclusions that envision a certain sociopolitical program. Smith's ethics is thus non-ideological in that one cannot infer a particular political program, including Smith's own, from an understanding of his ethics alone.⁴ Thus although I do not believe that Smith saw his two works as being incompatible, or that the theories of one book can be ignored as one examines the other, I also do not believe he saw one of them (e.g., WN) to be a function of the other (e.g., TMS). Instead, there are distinct forces at work when one examines political economy than when one examines ethics, and while ultimately inseparable and mutually influential, these forces have their own distinctive properties and thus their own distinctive demands. Smith does not expect these forces to congeal in a neat ideological package nor, I would argue, does he expect one to completely rule over the other.

At the more general level, it is tempting these days to believe that a given approach to ethical theory will lead one inexorably to certain political conclusions. Perhaps this is because public discourse is often about what ought to be done. We tend, therefore, to hold that the first step is to fix our normative conclusions and then go from there to decide how the social/political order can be arranged in light of those conclusions. This approach, however, was not Smith's, nor is it a necessary feature of adopting an ethical orientation *per se*. We are neither compelled to reason from normative conclusions to certain political programs, nor are we compelled to hold that one approach to ethics is more or less likely to arrive at a given set of political conclusions than another. This point is especially true of liberalism. As we shall see, there

are multiple dimensions through which one can approach ethics, no one of which is decisive when it comes to giving ethical support for a liberal market order.⁵ It is possible, however, that the reverse holds, namely, that liberalism poses some special problems for ethics that perhaps another ideology may not. For some people such problems may be sufficient in themselves to dismiss liberalism as being deeply irreconcilable with ethics. I want instead to suggest that liberalism may have something important to consider when thinking about the relationship between ethics and politics and that Adam Smith himself reflects this very importance in his own work. Indeed, I want to suggest that Smith's significant understanding of both ethics and markets would lead him to some form of liberalism, but not because one of these areas was implied by the other.

Ironically, we can see the non-ideological aspects of both Smithean ethics and ethics generally by engaging in a thought experiment that holds a given ideology constant. The experiment is to adopt a political ideology, in this case the classical liberal one, and then look to see how differing approaches to ethics fare in defending it. The advantage of holding a given ideology constant is that it highlights more clearly just where ethical influences are likely to be strongest and weakest in buttressing the liberal ideology. In addition, by adopting classical liberalism as our ideology, we may be able to put to rest the notion that this particular ideology either requires amorality or is consistent with only one approach to morality. Finally, by holding the classical liberal ideology as a constant both in general and with Adam Smith in particular, we can avoid debates about just how classical liberal Smith may be and concentrate instead on the complexity of his ethical theorizing.⁶ So our most general question is this: given a commitment to classical liberalism, what are the strengths and weakness of various ethical frameworks when it comes to drawing classical liberal political conclusions? Our insights into this question will later help us examine the ways in which ethics and classical liberalism may relate to each other in Adam Smith.

Ethics and the Market Order

The issue of the relationship between ethics and a liberal market order is really an issue that can be divided into two questions. The first is the one just mentioned and the one we shall deal with presently. The second is equally interesting but one which only gets partial treatment through our discussion of Smith later on. In summary terms this second question revolves around the “visible hand” of ethics versus the “invisible hand” of the market. The question might be framed as follows: in what way can it be said that self-regulating and spontaneously ordered markets in any way depend upon or utilize ethics? Does it even make sense to speak of ethics in a system that is spontaneously produced and self-regulating? Traditional ethical theory would have looked at the issue of social coordination in terms of applying to society some well-defined norms of conduct. Liberal orders, by contrast, rely upon system incentives and the concatenation of interests to produce order in society. That is why markets work. It is not through some authoritative norm that people are brought together, but what is conducive to their mutual interests, as they themselves understand them under a system of “side constraints.” We might ask about what justifies the side constraints. Yet even if we solve the problem of justifying the side constraints that should apply, the fact that those constraints do not appeal to particular interests, incentives, or consequences, raises the question of how they motivate real actors?⁷ Will we not have to be very *unliberal* and impose them on people, or at least require that people have split motivations in their conduct (some motives based upon interests, others based upon self-conscious adoption of rules)?

We know that in any social order we cannot allow people to do *whatever* may interest them; yet as numerous critics of liberal orders have pointed out, where does the habit of following these other sorts of norms come from in an environment where interest alone is central?⁸ Will it not be more likely the case that in liberal orders the side constraints will themselves be subject to the interests of social actors and transformed accordingly? For whatever the side constraints may be, they would seem to only remain such so long as they serve the interests of the people to whom they apply. At some point,

however, the liberal values exhibited through the side constraints would have to be immune from the influence of interest, if they are to be regulatory of their interests; or, if not immune from interests, some of those interests would have to be transfigured in such a way as to be *defined by* the values exhibited through the side constraints. There is quite a difference, and distance, between adhering to rules because they are in one's interest on the one hand and seeing at least some of one's interests in terms of the rules themselves on the other. Something like the latter perspective would seem to be necessary for a stable and continuing liberal order, yet such seems nowhere encouraged by that very same interest centered order. Indeed, so the argument goes, to actually succeed in making liberal values regulative of interests would require a completely different *communitarian* mind-set.⁹ In this respect, critics of the market are eager to predict these side constraints will not in fact remain unaltered by the interests they regulate. If they do, it will be in spite of the liberal order, not because of it.

One might hold that market orders and ethics are in some significant way connected, because markets encourage certain moral values such as thrift, honesty, trust, and promise keeping. But are these values the result of market forces or *ex ante* values necessary for markets to function? Are the values of the market adhered to because it is in the interest of the agents to keep them or because what those agents regard to be in their interest is defined in terms of the values? Finally, we can ask what the relationship may be between any answers given to these questions about the internal relationship of markets and ethics and then to the overall ethical defense of liberal market orders themselves? On the face of it, they seem to be logically unrelated issues.

With reference to this last point, ethical defenses of market orders seem separated from actual market conduct. If we defend the market order as a system, we have not yet begun a conversation about how ethical norms function in the practice of market agents. In other words, a gap seems to exist between this sort of abstract ethical theorizing about a social order and what might be applicable to norms and practices within the orders themselves as indicated by our previous sets of questions. Our intuitions tell us that the two areas ought to match up in some way. That is to say, the sorts of ethical

principles that legitimize the liberal market order ought to somehow be found operating within that order. We may believe that if they do not the possibility exists for an order which is defensible in general to house indefensible actions, or at least actions which are independent of the justification of that order itself. But as we just noted, if markets are spontaneously ordered and grounded in interest, and ethical conduct is self-consciously ordered based upon principle, then would not an ethical defense of liberal market orders be a defense of conduct that pays little or no attention to the essential characteristics of ethical behavior? There would consequently be a kind of nagging schizophrenia between ethics and practice, since the two would be so unlike each other in their basic nature. For the overall ethical defense, even if consequentially oriented, would still be measuring appropriateness of practice in terms of some principle (e.g., greatest good for the greatest numbers) whereas the conduct within the system itself need have no such reference on the part of individual actors.

Asking the foregoing questions is enough in itself to suggest some kind of possible tension between ethics and market orders. That tension tends to invite two basic kinds of responses: the first is to lessen the visible hand of ethics and discuss all conduct either as a function of, or as reducible to, market processes. The other approach is to lessen the invisible hand and govern conduct by means of ethical rules or principles. The latter might be compatible with a kind of “permissions” approach where conduct that does not in itself qualify as ethical is allowed but only because ethics permits it. I have discussed these two approaches elsewhere with respect to thinkers sympathetic to classical liberalism (Den Uyl, 2009), and there are other possible approaches.¹⁰ Indeed, I shall speculate later that Smith may just be a thinker offering an approach that neither reduces ethics to market behavior nor wishes market behavior to be the handmaiden of ethics. In general, however, leaning towards either the visible or invisible hand response does seem natural when faced with a possible tension between the two modalities surrounding ethics and markets. This point seems to be worth making at this stage, because the standard ideological battle is often framed as one between those advocating invisible hands and those in favor of hands more visibly active.

Returning to our first question, we can begin by asking whether the match between ethics and classical liberal ideology might itself depend upon how one sees the nature of ethics. I am not asking here about the kinds of ethical theory, such as “virtue ethics,” or “deontology”, or “consequentialism.” Prior to the development of these formal theories it is possible to ask whether there are different orientations to what ethical theories are trying to control for and how that might affect compatibility with market liberalism. In looking over the history of ethical thought, I have arrived at the following matrix. The purpose of the matrix is not to lock thinkers into categories, but to find some basic dimensions for understanding the way ethics has been used or understood and to have that as a tool for considering the kinds of questions about the relationship between markets and ethics we have been raising here.¹¹

Graphic I. Approaches to Ethics

	1. Ethics of Command	2. Ethics of Conduct
a) Agent Morality	1.a) Command Agent (Kant)	2.a) Conduct Agent (Aristotle, Aquinas)
b) Action Morality	1.b) Command Action (Burke, Calvin)	2.b) Conduct Action (Hume, Smith, Mill, Hayek)

Ethics of Command: Its principles are formulated independently of the actual preferences or purposes of the agent, with the goal of ordering, defining or removing those preferences and purposes in accordance with the rules or duties dictated by a given theory’s ultimate source of moral obligation.

Ethics of Conduct: Its principles are formulated to work in conjunction with an agent’s preferences or purposes, such that they enhance, modify or orient them towards practices that are in some significant way in accord with the preferences or purposes upon which they were ultimately based.

Agent Morality: a practice whose object is the production of some condition of the agent.

Action Morality: a practice whose object is a right or good action.

As one can see from the foregoing, the basic division between an Ethics of Command and an Ethics of Conduct has to do with whether one primarily sees ethics as a way of controlling self and others or as a guide to successful living. Considerations of these two main approaches to the purpose of ethics leads one to concentrate in achieving that purpose either upon the actions of people or upon their states of agency. The matrix thus allows us to have four combinations, and I have located some possible examples of each combination in each box. In discussing each combination briefly in turn below, I will concentrate on the relationship between that combination and its ease in facilitating a defense of liberalism. I can state the results, however, before we begin: while it might be arguable which combination is the best approach as a defense of liberalism, it turns out that all of these approaches can be, and have been, used to defend liberalism!

The Conduct/Action Quadrant

The Conduct/Action quadrant illustrated in Graphic I.2.b) above might be regarded as the traditional home of liberalism. In general it seeks to have ethical norms give guidance to persons based upon their actual dispositions and preferences in such a way that those dispositions and preferences come to benefit the agent(s). In this particular quadrant the focus is upon what people actually will be doing with less emphasis given to their intentions or characters. The empirical orientation of the quadrant makes it a natural home for those inclined towards the social sciences, and this would thus be where the traditional reading of Smith by economists would likely fall. Our purpose here is not to reform behavior but to understand it and then use that understanding to improve well-being. With respect to liberalism, this quadrant has the advantage of being realistic and thus grounded in ways people actually act and value. As a consequence this quadrant would tend to be highly skeptical of any form of political enthusiasm or grand schemes for social management, for such schemes would be more about what people ought to value rather than what they do value. In that alone there would be a tendency towards liberalism, since the non-reformist impulse to let people follow their

preferences provided doing so imposes no great cost on others would be dominant. The main disadvantage of this approach to defending liberalism is the same as its virtue: one is not likely to get very hard edged principles to use against alternative ideologies, because hard edged principles themselves are in tension with this approach. That may appear to be a good thing, except that this quadrant is not very encouraging of idealism of any sort, including liberal idealism, and thus it has a hard time countering the enthusiasms of other ideologies, including those contrary to liberalism.

The Command/Agent quadrant

Directly in contrast to the conduct/agent quadrant is the Command/Agent quadrant located at I.I.a). Kant, at least upon many standard readings, would be a representative of this quadrant. Needless to say, Kant was a thorough going liberal, and thus this quadrant needs to be included in the possible frameworks within which a liberal ideology might be defended. As a general matter, the purpose of ethics here is to reform or manage the actions and intentions of agents according to clearly defined rules derived from reason. As Kant notes, ethics is essentially legislative in nature. Because this is an agent morality, the object in the end, then, is to get the agent's desires and intentions to incorporate the moral rules as integral components of the agent's own projects or decisions. Outward behavioral conformity may have practical uses but is not sufficient to qualify as either ethical conduct or as a defense of the practices themselves. Regarding liberalism, this quadrant has the advantage of offering uncompromising principles. If one can arrive at principles that support a liberal ideology, they will not only be firm and clear but will be defending the liberal order because it is right and not for its consequences. This orientation gives it a powerful counter to the idealism of conflicting ideologies. The "flexibility" found in the conduct/action quadrant will not be found here, which has the benefit of offering the possibility of a liberal idealism and thus more of an anchor to the ideology. By the same token, because consequences are not very decisive when it comes to making any kind of ethically justificatory

case, this quadrant has the tendency to distance itself from practice and to homogenize interests to better fit with its universalist conclusions. Some might argue that these tendencies in this approach are essentially illiberal in spirit.

The Command/Action Quadrant

The Command/Action quadrant (I.1.b) neither seeks to reform people towards adherence to some set of right principles nor is it in search of strategies for enhancing benefits. Rather, it measures ethical value by conformity to authoritative norms. These norms may be cultural or social in origin, such as what one might find in evolved standards of conduct in a given society, or the norms might derive from “transcendent” sources such as one might find in religious circles. These norms are not adhered to because they are somehow right, as in the command/agent quadrant, but right because they are adhered to. Moreover, they are the sorts of norms that easily trump proposals for more “beneficial” forms of conduct or organization. As a consequence, there is a “conservative” bias to this quadrant and one reason I listed Burke as a possible example of it. The advantage of that bias for liberalism is that if the culture is a liberal one, the commitment to liberal values can be generally robust. Of course, if the culture is not inclined to be liberal, the case to be made for a liberal ideology is that much harder to establish. In other respects, the advantages and disadvantages of this quadrant are similar to that of its sister quadrant of conduct/action.

The Conduct/Agent quadrant

We come finally to the Conduct/Agent quadrant (I.2.b). This has traditionally been the least utilized quadrant in defense of liberalism, so no obvious liberals are mentioned by way of example.¹² This approach has been least utilized by liberals perhaps because it defines ethical value neither in terms of benefits nor in terms of the adherence to principle per se, but in terms of the agent’s well-being understood as conformity to one’s nature. In this regard, the

problem of agent flourishing may call upon factors that make little reference to social/political principles (such as certain virtues) or which see liberal values as too minimalistic for an ethic of human flourishing and thus may find liberal ideology as too barren and absent of ennobling principles. Because this quadrant appeals to human nature, it shares some of the realism of the conduct/action quadrant. Yet for that very reason, it is also not strictly empirical and thus may share the principled orientation found in the command/agent quadrant. Consequently, whatever political principles it may support, they will take seriously appeals to consequences without being exactly defined by them. That is, an appeal to nature cannot ignore the role of consequences or empirical evidence, but it is more likely to depend on distinguishing the essential from the accidental, something an empirical approach alone has difficulty doing. Thus if liberalism could find a home here, there might be a harder edge to its conclusions than one might find in the lower half of the quadrants. One could appeal to nature in making a defense of something and not be as disturbed by fluctuations of the empirical order that may sometimes appear contrary to that defense. By the same token, this quadrant would not be as impervious to appeals to consequences as would its sister quadrant in the upper left corner. The disadvantages of this quadrant are first that some may regard any principles it derives as still being too soft to give a bright line defense of liberalism, because any conclusion is in principle subject to empirical qualification. Secondly, the appeal to human nature may be regarded as dependent upon an outmoded anthropology or ontology. Still if one could show a way for liberal orders to be highly compatible with an ethic of human flourishing, this quadrant could be a powerful basis upon which to rest liberalism.

It may be that if our question is how best to defend the liberal order from an ethical perspective, the traditional quadrants of the bottom right and upper left are still our best choices. They, after all, have the advantage of well worked out theories in defense of liberal political orders. However, liberalism can be and has been defended from the position of any and all of these quadrants. Moreover, each of them has also served as a framework for criticizing liberalism. If that is true, then we have gone some distance towards

supporting our thesis that the relationship between ethics and political orders is a non-ideological one. By positioning oneself in any of these quadrants one is not led inexorably to certain ideological conclusions. And by adopting a given ideology, one is not ipso facto placed in one of these quadrants. There is, in short, no substitute for the hard work that must be done in flushing out an ethical theory and then examining its relationship to social and political alternatives. We shall leave aside for the moment the question of whether one can position oneself in more than one of these quadrants simultaneously.¹³ The key point is that when one adopts the framework of one of these quadrants, one will not only have to judge for oneself the value of the various ethical conclusions and arguments within that framework, but also how those may be utilized in support of a given political ideology. Further, one will have to try to incorporate, or at least account for, the strengths of the other quadrants and the weaknesses within one's own.

This myriad of tasks suggests that we should resist the natural temptation to move immediately from our favored ethical principles to a social/political program. That very Smithean point, as we shall see momentarily, may bias the discussion towards liberalism; but such biases are part of what must be factored into the debate about any presumed connections between ethics and ideology. In any case, liberalism cannot be called to account because it somehow approaches ethics in the wrong way or because it is inherently uninterested in ethics. Liberalism's possibilities for connection to a variety of ethical frameworks are as good as that of any political program. Whether it carries through on the details of drawing those connections depends a good deal on the insights of its defenders, to which one of whom we now turn.

Das Problem with Adam Smith

We might have tried to answer our original general question about which ethical framework best supports classical liberalism by simply repairing to Adam Smith, seeing what he had to say about the connection between ethics and his advocacy of a "system of natural liberty" and be done with the matter.

However, starting with classical liberalism in Smith's case and then moving to his ethics is highly problematic, even if we ignore any question of the degree to which Smith is committed to classical liberalism. Some scholars, for example, have recently argued that not only is ethics primary for Smith, but his well known exceptions to unfettered markets are motivated by ethical concerns to which he gives *priority* over markets in any cases of conflict.¹⁴ If there is any truth to these claims about the priority of ethics in Smith –and I believe there is– then Smith might allow ethical considerations to define the nature, scope, and limits of his classical liberal ideology. Already, then, we learn of the possibility that ideology is not the driving force in Smith's theoretical reflections. We cannot, in other words, turn immediately to Smith's ethics and find ready-made defenses of classical liberalism therein. What, then, does ethics do for the ideology Smith seems to possess, if it does anything at all?

Smith is both extremely complex and circuitous when it comes to the relationship between ethics and the market and with respect to the role of ethics generally. The WN draws its conclusions largely from an appeal to beneficial consequences, but the TMS does not. Indeed, one of the main points of the TMS is to argue against grounding ethical judgments in utility.¹⁵ Their source lies elsewhere. Economists and liberals generally tend to assume that the reconciliation will consist in blending TMS into what they regard as the liberal ideology of the WN. In fact, as just indicated, it is more likely that the reverse is the case, that the problem is one of fitting Smith's insights into economics into his ethics. Indeed Jerry Evensky has recently put the matter as follows:

By the end of his life, Adam Smith was no longer looking to the invisible hand to guide society to the conditions necessary for a constructive classical liberal state. Instead, he called upon the visible hand of moral leadership from all individuals, and especially statesmen, to create those conditions and thereby that society. This appeal and the sacrifice he makes to present it (the work on the revisions weakened him so that he died within six months of completing them) reflect the centrality of ethics to his vision of a classical liberal society.¹⁶

But if this is the case, our problem of determining the connection between ethics and classical liberalism (or TMS and WN) is not an easy one. There are, for example, places in Smith where he seems to reject or diminish the ethical value of commerce significantly. In the famous “poor boy” example, Smith seems to suggest that the pursuit of wealth is grounded in a socially beneficial ethical “deception” that the pursuit of wealth is something of value when in fact its value is at best problematic (TMS IV.1.10). Yet it is this deception that “keeps in continual motion the industry of mankind. It is this which first prompted them to cultivate the ground, to build houses, to found cities and commonwealths, and to invent and improve all the sciences and arts, which ennoble and embellish human life” (TMS IV.1.10). So here it would seem that ethical values are at least partially in contrast to the ideology Smith also is said to support. Elsewhere, Smith continues the paradox with comments like the following:

This disposition to admire, and almost worship, the rich and the powerful, and to despise, or at least, to neglect persons of poor and mean condition, though necessary both to establish and to maintain the distinction of ranks and the order of society, is, at the same time, the great and most universal cause of the corruption of our moral sentiments. That wealth and greatness are often regarded with the respect and admiration which are due only to wisdom and virtue... has been the complaint of moralists in all ages (TMS I.iii.3.1).

The corruption seems to accompany the deception, so it looks as if the choice is *either* ethical *or* wealth producing conduct, but not both together. In other places, Smith allows for the moral propriety of self-interested conduct of the sort useful in, and characteristic of, a market economy, but regards it as distinctly inferior to other virtues (TMS VI.i.14). Indeed, one scholar has claimed that Smith is actually more favorably inclined towards self-interest in the TMS than he is in the WN (Paganelli, 2008). In still other places, Smith seems completely reductionistic about ethical values, making them purely a function of ones economic class (e.g., WN V.i.g.10).

Any ambivalence Smith shows with respect to ethics and the liberal market order is, as Douglas Rasmussen and I have argued,¹⁷ characteristic of liberals and liberalism. Early liberals tended to speak not only to ethical issues, but also were the fathers of social science. As social scientists they had to pay attention to the way people actually behaved. A realistic look at human beings would suggest that moral exhortation is both less effective and less pervasive than incentives and interests in organizing and directing human conduct. In doing good social science looking at human beings as they are rather than as they ought to be seems both a necessary and fundamental step. Even if we want to use ethics to constrain or order behavior in some way, it only makes sense to call upon those norms that “work” –that is, those norms that might reasonably be expected to be adopted and followed by the agents to whom they are meant to apply. This impulse towards realism is undoubtedly one of the reasons Smith’s TMS often reads more like moral sociology than moral theory. It is, in other words, often more descriptive than prescriptive. How, then, does ethics function in Smith’s overall social theory? If Smith actually is a complex moral thinker, we could hardly answer such a question in the few pages remaining here. However, we might try applying our matrix to Smith himself and thus analogously demonstrate that Smith is non-ideological when it comes to his understanding of the relationship between ethics and politics. If, for example, we can find significant portions of Smith’s ethics in all four quadrants, then we have some reason to move with caution when it comes to a tight ideological connection between his ethics and politics. As it turns out, such is the case, and we shall not only indicate that such is the case but speculate a bit on why that is so.

The Command/Agent Reading of Smith

The Command/Agent reading of Smith’s ethics takes its normative bearings from the impartial spectator and then seeks to adjust actions to its judgments. The judgments of the impartial spectator function like deontic rules with little or no reference to any particular habits or interests and which represent normative ideals against which all relevant norms and decisions must be

measured. In this respect, appeals to the impartial spectator are always ethically decisive such that appeals to other factors, for example custom, culture, interest, order and benefits can always be overridden by these judgments. Markets practices also, then, are to be examined in light of this standard and reformed, or defended, accordingly. In this respect, the impartial spectator “rises above” the buzz of experience to provide that experience with normative order. And with respect to the agent herself the object is to reach a point where she believes the impartial spectator would approve even if others do not. Throughout TMS we find passages such as the following pointing to this reading of Smith’s ethics:

Before we can make any proper comparison of those opposite interests, we must change our position. We must view them... from the place and with the eyes of a third person who has no particular connection with either, and who judges with impartiality between us... how little we should take in the greatest concerns of our neighbour... if the sense of propriety and justice did not correct the otherwise natural inequality of our sentiments (TMS III.3.3)

To obtain that approbation where it is really due, may sometimes be an object of no great importance to him. But to be that thing which deserves approbation, must always be an object of the highest (TMS III.2.7).

The wise and virtuous man directs his principal attention to... the idea of exact propriety and perfection. There exists in the mind of every man, and idea of this kind... (TMS VI.iii.25).

The man who acts solely from a regard to what is right and fit to be done... acts from the most sublime and godlike motive which human nature is even capable of conceiving (TMS VII.ii.4.11).

Without this sacred regard to general rules, there is no man whose conduct can be much depended upon (TMS III.5.1.2).

It might occur to the reader that this reading of Smith’s ethics is very Kantian in nature. Of course, as we noted above, the exemplar of this quadrant is to be Kant, but the connection between Smith and Kant is one that scholars have indeed pursued.¹⁸ For our purposes here it is enough to establish that

dimensions of Smith's ethics could be regarded as falling squarely within this quadrant. We are, of course, not arguing at this time that this is a correct or incorrect interpretation of Smith, only a plausible one.

The Command/Action Reading of Smith

The command/agent reading of Smith would suggest a proactive role for the impartial spectator in regulating, and no doubt reforming, conduct according to its dictates. It is conceivable, however, that the impartial spectator could play a more epiphenomenal and secondary role to a normative authority that reflects patterns of actual practice, such as traditions or customs, as they govern the conduct of agents. In addition, the spectator's impartial judgments could themselves be a representation of cultural or customary norms considered apart from any particular agent's interests or circumstances. This reading thus emphasizes the cultural dimension of Smith where there is less prescription and more observation in accounting for the nature of ethics. The authority of tradition carries much weight here, and ethics itself is essentially a socio-cultural process of norm creation whose principal concern rests in conformity and cooperation of agents with those norms, rather than the reform and legislation of appropriate conduct.¹⁹ The somewhat rationalistic tendencies of giving the impartial spectator final say over moral matters would be mitigated on this reading. Instead, some version of "how we do things around here" would carry the most authority when considering what people ought to do. Such passages as the following indicate the possibilities of this approach:

Many men behave very decently, and through the whole of their lives avoid any considerable degree of blame, who yet, perhaps, never felt the sentiment upon the propriety of which we found our approbation of their conduct, but acted merely from a regard to what they saw were the established rules of behavior (TMS III.5.1).

The most sublime speculation of the contemplative philosopher can scarce compensate the neglect of the smallest active duty (TMS VI.ii.6).

We do not originally approve of condemn particular actions; because, upon examination, they appear to be agreeable or inconsistent with a certain general rule. The general rule, on the contrary is formed, by finding from experience, that all actions of a certain kind, or circumstanced in a certain manner, are approved or disapproved of (TMS III.4.7).

But if without regard to these general rules, even the duties of politeness, which are so easily observed, and which one can scarce have any serious motive to violate, would yet be so frequently violated, what would become of the duties of justice, of truth, of chastity, of fidelity, which it is often so difficult to observe, and which there may be so many strong motives to violate? But upon the tolerable observance of these duties depends the very existence of human society, which would crumble into nothing if mankind were not generally impressed with a reverence for those important rules of conduct (TMS III.5.2).

It should not be supposed that our point here is that Smith equates ethics with custom. He clearly does not, as we see in the famous infanticide rant (TMS V.2.15). Yet it is also not clear what stance he is taking in his revulsion to that practice beyond the sensibilities of his own day, especially when he admits that even the great philosophers of antiquity did not object to the practice. By the same token, Smith clearly does not want ethics to rest upon a foundation of custom (TMSV.2.2). This quadrant, then, when applied to Smith would have to be referring to a complex interplay of factors that resolve themselves into generally acceptable moral sensibilities, rather than upon simple customs. I would regard Smith's discussion of the "irregularity" of our moral sentiments (TMS II.ii-iii) to be evidence that the forces giving rise to our moral judgments are diverse and complex, for it is there that we learn that "non-moral" factors such as outcomes can play an important role in the moral judgments we make. Consequently, moral judgments are not necessarily "rational", reflecting instead more dispositional patterns among acting agents than reasoned conclusions from certain moral truths.

The Conduct/Action Reading of Smith

The conduct/action quadrant is where I placed the traditional readings of Smith. Like the command/action sector, the impartial spectator is a tool of moral judgment, not the final arbiter of it. It might be said that the impartial spectator on this view functions as a snapshot of the moral sensibilities of a given group of agents whose efforts at cooperative endeavors are synthesized by that snapshot into a general rule or conclusion. Unlike the command/action quadrant, the rules here need not be as internalized by the agents and thus as path dependent as one would find in that other quadrant. Actions might be influenced to some degree by the snapshot, but the accuracy of the snapshot is judged according to the actions rather than the actions by the snapshot. What this means in practice is that, with the possible exception of the rules of justice, the perspective of the impartial spectator, and the rules themselves, are not fixed but in process. Reading TMS here, as in the command/action quadrant, would be more an experience of descriptive moral assessment than ethical theorizing. As a consequence, this reading would tend to favor the social sciences, especially since being in the conduct quadrant means that behavior rather than intentions is more the object of the formation of, and regulation by, moral norms. Among the passages in support of this reading, one might point to as examples are:

The success of such people [people of middling and inferior ranks]...almost always depends upon the favor and good opinion of their neighbors and equals; and without a tolerably regular conduct these can very seldom be obtained (TMS I.iii.3.5).

When he views himself in the light in which he is conscious that others will view him, he sees that to them he is but one of the multitude in no respect better than any other in it (TMS II.ii.2.1).

It is thus that man, who can subsist only in society, was fitted by nature to that situation for which he was made....All the different members of it are bound together by the agreeable bands of love and affection, and are, as it were, drawn to one common centre of mutual good offices (TMS II.ii.3.1).

In our approbation of all those virtues, our sense of their agreeable effects, of their utility,...joins with our sense of their propriety, and constitutes always a considerable, frequently the greater part of that approbation (TMS VI concl.6).

Man was made for action, and to promote by the exertion of his faculties such changes in the external circumstances both of himself and others, as may seem most favorable to the happiness of all. He must not be satisfied with indolent benevolence, nor fancy himself the friend of mankind because in his heart he wishes well to the prosperity of the world. That he may call forth the whole vigor of his soul, and strain every nerve, in order to produce those ends which it is the purpose of his being to advance. Nature has taught him, that neither himself nor mankind can be fully satisfied with his conduct, nor bestow upon it the full measure of applause, unless he has actually produced them (TMSII.iii.3).

In our conclusion we shall discuss a bit further the “problem” of reconciling TMS with WN, but one advantage of this quadrant in that regard is that by primarily focusing on action or conduct in determining the substance of morality, one has little problem with the notion of multiple motivations, provided they are all conducive in the end to cooperation. In this way, both “selfish” and “altruistic” propensities could equally have their place in appropriate contexts without having to choose their priority as it applies to moral conduct. This indeed has been the traditional solution to “das Adam Smith problem” (see Otteson, 2002:Ch. 4).

The Conduct/Agent Reading of Smith

Consistent with the nature of this quadrant, this reading of Smith would tend to emphasize the “perfection” of the agent through repeated exercises of self-command according to norms deemed worthy of respect. This reading of Smith would link him to the approach to ethics known as “virtue ethics,” usually associated with ancient ethics in general and Aristotle in particular. As one commentator has noted, “for both Smith and Aristotle, ethics is a

rhetorical and dialectical process rather than a deductive process –one which calls for persuasion rather than either conviction or mere demonstration.”²⁰ What this approach means, of course, is that the work of ethics is work upon one’s character to form it in ways proper to self-development and life in human society. Ethics is less a problem of formulating rules and deriving their implications than it is of judgment and dispositional orientation. Ethical conduct then involves inducing the right habits, being perceptive to dispositions of others, and commanding oneself in such a way as to exhibit the appropriate dispositions in the relevant contexts. Passages exemplifying this approach would be similar to the following:

The man who acts according to the rules of perfect prudence, of strict justice, and of proper benevolence, may be said to be perfectly virtuous. But the most perfect knowledge of those rules will not alone enable him to act in this manner...The most perfect knowledge, if it is not supported by the most perfect self-command, will not always enable him to do his duty (TMS VI.iii.1).

The desire of becoming the proper objects of this respect, of deserving and obtaining this credit and rank among our equals is, perhaps, the strongest of all our desires... (TMS VI.1.3).

A sacred and religious regard not to hurt or disturb in any respect the happiness of our neighbour, even in those cases where no law can properly protect him, constitutes the character of the perfectly innocent and just man; a character which, when carried to a certain delicacy of attention, is always highly respectable and even venerable for its own sake, and can scarce ever fail to be accompanied with many other virtues, with great feeling for other people, with great humanity and benevolence (TMS VI.ii.intro.2).

The man who acts according to the rules of perfect prudence, of strict justice, and of proper benevolence, may be said to be perfectly virtuous. But the most perfect knowledge of those rules will not alone enable him to act in this manner: his own passions are very apt to mislead him:...The most perfect knowledge, if it is not supported by the most perfect self-command, will not always enable him to do his duty (TMS VI.iii.1).

The exercise of looking at Smith through the glasses of each of our four quadrants and finding some evidence in support of each reading should be sufficient evidence for our thesis that Smith was a non-ideological writer. No doubt Smith saw a connection between his ethical views and his social/political views, and the purpose of relating the diverse readings above was certainly not to accuse him of confusion or inconsistency. The purpose was mainly to instill a cautionary note to any tendency to move quickly from what one might regard as his ethical views on the one hand to his political views on the other and vice versa. In addition, our purpose was to indicate that the relationship between ethics and liberal market orders is an inherently complex one. That complexity raises the possibility that liberalism has a unique perspective on the relation between ethics and politics that may be rather different from the communal presumptions that seem to dominate political philosophy since its inception. It is possible that Smith understood this and that part of the depth of his perception was that he understood the relationship between ethics and liberal market orders was not an isomorphic one. Consequently, the possibility exists that there could be both tensions and harmonies between ethics and market orders. That very tension may be the price one pays in advocating liberalism as a political ideology. To that matter we briefly now turn as it might apply to Smith.

The Liberal Connection

We noted above that in light of some of the questions that arise in considering the relationship between ethics and liberal market orders, the two main options were to diminish the role of ethics or to diminish the role of the market. In the first category might be those who would keep ethical considerations from interfering with any outcome of an efficiently functioning market order or who would come to equate ethical behavior with market behavior. On the other side might be those who would have all market transactions answer to the supervision of ethics.²¹ Certainly, however, at least one other option remains which would be neither to depreciate ethical concerns

in favor of the market nor to hold markets captive to ethical management, but rather to recognize that each makes independent claims upon us which, due to the nature of the contexts in which each arise, could possibly come into tension. This possibility is suggested by our opening section on the four quadrants, for if it is possible for there to be rather diverse paths to ethical defenses of liberalism, perhaps there is something unique about liberalism that gives it this open ended connection to ethics.²²

It may just be that the “open ended” connection between liberalism and ethics is due to the open ended character of liberalism itself. In contrast, ethics would seem to have a rather closed nature. Ethics posits precise ends or rules of action that are meant to direct individual and social conduct. Transferred to a political dimension, one would imagine an ethical society to be one governed by defined norms and roles. Liberalism, by contrast, is more procedurally defined. It does not try to direct conduct so much as define spheres of action within which conduct can be freely conducted. Within those spheres conduct can be conducted well or badly. Liberalism is indifferent between the spheres in a way ethics is not. In this respect liberal orders are inherently open ended; ethical orders would tend to be inherently closed. The difference this makes to our discussion here is that ethically governed orders would be ones where the participants bore enough of a relation to one another to insure that the rules or norms were followed, at least if the society was to be self-monitoring. In the absence of self-monitoring, coercion might be the most natural substitute. Liberal orders, by contrast, would be ones where the rules it enforces do not depend on there being some personal connection between those governed by its principles. Behavior would only be self-monitored to the point of policing procedural rules as they affect interactions among agents and not with respect to their behavior per se. The possibility exists, therefore, that interacting in a world where the parties are unfamiliar with one another might demand different forms of appropriate behavior from those where the parties are in close proximity and familiarity.

It is clear that what F.A. Hayek called the “great” society, which is the extended commercial order, is indeed a “society” composed of interacting strangers. One would expect, therefore, that the norms of behavior governing

such an order would be rather different than those governing, say, a family. Not only would the norms be different, but the expectations between the interacting parties would be different as well. Throughout his work, Smith consistently reflects upon principles that tend to produce happiness and well-being among interacting agents in society. As he tells us in the passage cited above, “a sacred and religious regard not to hurt or disturb in any respect the happiness of our neighbour, even in those cases where no law can properly protect him, constitutes the character of the perfectly innocent and just man” (TMS VIII.intro.2). In a commercial order where we have no pre-existing expectations of the duties or even propensities of those with whom we interact, procedural rules would be the means by which one protects against disturbing the happiness of others. Moreover, Smith’s liberalism is not due simply to the recognition that procedural rules are the way not to disturb the happiness of our neighbors in a great society, but also part of the point of the WN is that such rules can be seen to positively *promote* the well-being of all involved. Thus liberal orders not only protect happiness by drawing lines across which one cannot pass, but also promote happiness by using that principle of our nature most suited to actually securing mutual cooperation and advantage within such a setting, namely the mutual interests of the interacting agents.

Smith notes that “circles of sympathy” are tightest in cases where we are strongly connected to each other in such a way that part of our own well-being is a function of mutual considerations that are not simply a matter of self-interest. Rather, we come to understand that our well being consists in forms of benevolence, reciprocation, gratitude, nurturing and the like that would simply be inappropriate or impossible in a society of strangers. To expect strangers to have feelings of benevolence for one another or even a significant number of duties, beyond perhaps simple human decency, is an unrealistic and even harmful expectation. Smith is clear about this:

All men, even those at the greatest distance, are no doubt entitled to our good wishes, and our good wishes we naturally give them. But if, notwithstanding, they should be unfortunate, to give ourselves any anxiety upon that account,

seems to be no part of our duty. That we should be but little interested, therefore, in the fortune of those whom we can neither serve nor hurt, and who are in every respect so very remote from us, seems wisely ordered by Nature; and if it were possible to alter in this respect the original constitution of our frame, we could yet gain nothing by the change (TMS III.3.9).

As the distance increases upon which we can have an effect upon others, and they upon us in the form of either a sympathetic relationship or good offices, the appropriateness of self-interest as the basis of the relationship increases. In this way, as James Otteson has well noted, there need not be a reason to believe that Smith's WN is inconsistent with his TMS.²³ In both cases we are looking for principles that facilitate as much cooperation as possible. Were societies to remain small and close knit, perhaps the patterns describing association based on interest found in the WN would be less used and needed. But Smith was writing at a time when worldwide trade was exploding at exponential rates from previous centuries. Smith in exploring the conditions for improving the wealth of a nation was simply looking for conditions conducive to happiness under those circumstances in the same way he might have done were he exploring the conditions of monks in a monastery a half a millennium earlier. That monks need more consideration towards each other than merchants does not mean we must choose between these respective conditions when thinking about human moral conduct as if one or the other condition should obtain.

Yet in saying that more than one context may be appropriate for human beings when considering what they ought to do or what their obligations may be, we also need not say that these differing contexts must be seamless with no rough edges. Our self-interest does not disappear when we are in families, nor do our feelings of sympathy disappear as we transact a business deal. This fact means, however, that we may experience a tension between the callings of the two different contexts. As a seller, for example, you may not have an obligation to explain to a potential buyer what some people regard as defects of your product, though you may feel a very strong obligation to do so if you were selling it to a family member. Similarly, you may feel

no obligation as a buyer to tell a seller that she is well below market price in what you are purchasing, but you might feel such an obligation to a friend. Where to draw such lines and how to draw them is a matter of perhaps endless disputes, but we can see by looking at the extremes of a continuum of circles of sympathy that ordinary moral understandings do not necessarily require the same obligation in different circles even if the “act” is identical.

Although we have argued that the connection between ethics and liberal market orders is a non-ideological one for Smith, the foregoing discussion helps explain why Smith was a liberal in his political philosophy. Because Smith did not derive his political philosophy from his ethical theory but rather looked to the actual actions of persons in their respective contexts, the *possibility* of liberalism was opened up to him, since he could discover that market contexts contained distinct motivational components from other contexts. He might thus incorporate that information into his ethical thinking, either allowing for different sorts of norms for different contexts, or at least defining the limits of ethical acceptability of different procedural rules. But that, of course, does not explain why Smith would *embrace* liberalism. He could have, for example, decided that the great society is ethically suspect and advocated smaller more ethically harmonious communities and thus limited the scope of the market. Apart from any realism on his part that such limitation, and their resulting lamentations, would be useless in the modern world, I believe he was a liberal because he recognized the benefits of it. As he tells us:

Man was made for action, and to promote by the exertion of his faculties such changes in the external circumstances both of himself and others, as may seem most favourable to the happiness of all. He must not be satisfied with indolent benevolence, nor fancy himself the friend of mankind, because in his heart he wishes well to the prosperity of the world.... Nature has taught him, that neither himself nor mankind can be fully satisfied with his conduct, nor bestow upon it the full measure of applause, unless he has actually produced them (TMS II.iii.3.3).

Clearly Smith was a man willing to measure the value of any ethical standard against its value in actual practice. He was a liberal, then, not because an ethics of sympathy drives one to it, but because our sympathies are built out of the success of our actions and liberal commercial orders are successful ones in the sense that they improve the well-being of people generally more than their alternatives. Thus rather than command the liberal order by means of ethical prescriptions or minimize the importance of ethics by claiming what is right is what the market produces, Smith sought to leave actions generally free in the political realm so that all useful motivations can be channeled towards the well-being of people generally.

NOTES

- 1 Adam Smith (1981), *Wealth of Nations*, WN V.i.f.25.
- 2 Smith's intellectual system is described in the editor's introduction to the Oxford edition of *The Theory of Moral Sentiments* (1982:2-3). There one can see that economics, for example, was given less prominence than ethics and jurisprudence in terms of overall theoretical importance. See in this connection Hanley (2009:57ff).
- 3 This view is the approach of those wishing to wrest Smith out of the hands of economists and into those of philosophers. With respect to this issue, I attach a good deal of importance to Smith's discussion of the "irregularity" of the moral sentiments as found in TMS II.iii.3. We shall say more about this below.
- 4 It is important *not* to take this as saying that virtually any ideological perspective fits with his ethics or that among those that do, no one of them is any better than another. What I will be saying below is that ethical conclusions will need to be coordinated with conclusions drawn from the political-economic realm which are themselves not necessarily direct implications of the former and which have standing in their own right when it comes to applying ethical conclusions.
- 5 I have pursued this issue in Den Uyl (2009). I borrow some material from that article here, but the focus there is somewhat different, since that article concentrates more directly on economics and not at all on Smith. The framework of analysis in both cases is largely the same.
- 6 Today, of course, there are scholars who would describe themselves as "left Smitheans" indicating that besides not being classical liberals themselves, they do not believe that Smith's doctrines lead inexorably to classical liberalism. While my view is that a) Smith is a classical liberal, and b) there is compatibility between his liberalism and his ethical

theory, Smith also understood that the relationship between ethics and politics is not so tight that ethics is a blueprint for political action.

- 7 James Buchanan has wrestled with this problem for years, hence the realistic flavor of a book like *The Limits of Liberty*, where cooperation based upon real interests is explored. But even Buchanan at some point has to introduce an exogenous “deontic” like rule (such as unanimity) to make the process work. That’s the sort of side constraint of which I am speaking. Of course, if one can get ethical values to themselves be part of one’s utility function, *à la* Deirdre McClosky, then the problem becomes easier. See below.
- 8 I suspect this is why people like Smith and Hume did not speak the language of natural rights very often, for these seem quite disconnected from actual practices which do clearly motivate people and seem a more solid foundation upon which to build a moral theory.
- 9 See in this connection Den Uyl & Rasmussen (2006) where we discuss Charles Taylor’s criticism of liberalism, which is along these lines.
- 10 Our own, for example, is one such; see Rasmussen and Den Uyl (2005).
- 11 This matrix and its discussion follow along the lines discussed in Den Uyl (2009).
- 12 It is, however, the quadrant in which my own defense of liberalism rests. This defense is detailed in Rasmussen and Den Uyl (2005).
- 13 I argue in Den Uyl (2009) that one cannot. This is mainly because these quadrants represent *basic* orientations so that even if elements of the others form part of one’s ethical theory, the basic approach will remain. It remains because as foundational orientations, they are incompatible.
- 14 See, for example, Fleischacker (2004), Chs. 4 and 5. Also see Sen’s introduction to the Penguin Classics edition of Smith’s *TMS* (2009).
- 15 Part IV of *TMS* is the most explicit on this, but numerous other places could be cited as well. It would be wrong to say that Smith ignores consequences. He does not; but consequences alone are not decisive or fundamental, especially when compared to propriety, coherency, beauty, and integrity. He does give a stronger role to consequences in Part II of *TMS* when he discusses the “irregularity of our moral sentiments.”
- 16 Evensky (1993:203). The theme is developed more fully in Evensky’s book (2005). This is not a view, however, that I necessarily endorse. The idea that Smith ethics is a seamless whole incorporating in equally seamless fashion his other works seems to me as off-base as the position it seeks to correct.
- 17 Rasmussen and Den Uyl (2005:Ch. 2). This paragraph and the two following ones are similar in nature to those found in Den Uyl (2009:352-353).
- 18 For example, one might look at the work of Samuel Fleischacker, (especially 1999). Another person working in this area is María Alejandra Carrasco, who writes: “moral judgments in [Smith’s] code of ethics are justified, at the normative level, by equality in dignity, which follows directly from Smith’s doctrine of sympathy. And at the meta-ethical level, the validity of these judgments comes from the mediation of the impartial spectator, an external though internalized instance that legitimizes our corresponding feelings, liberating us from the necessity to appeal to any other authority except for our own practical reason” (this volume, p.180).

- 19 J. B. Schneewind (2010:191-195) tends to give this sort of reading of Smith.
- 20 Hanley (2009:90). This book is easily the most powerful rendering of a Smith along the lines consistent with classical ethics.
- 21 This description is not necessarily one that breaks down into a left-right split. The demand for ethical management of the market may look like a mainstay in some leftist agenda, but a thinker like Ayn Rand who puts self-interest at the center of a market order and gives it priority in her ethical system, also tends to reduce market behavior to ethical behavior. My position here is that this was not a tendency in Smith, but neither was it a tendency in him to follow the path of many modern day free market economists who consider ethics an annoying intrusion into what can be handily defended without it.
- 22 We have our own approach to this issue which we label “liberalism’s problem” which can be found in Rasmussen and Den Uyl (2005:Ch. 11). Our view is different from Smith’s, but we would hold him as someone who recognized some of the anomalies about liberalism that we ourselves build upon.
- 23 Otteson, op.cit., Chs. 4 and 5. While I agree with Otteson’s familiarity principles –which I refer to here as circles of sympathy– I am not convinced by his “market principle” which holds that norms evolve for Smith in market like fashion over time. While this is not a false view, it seems an incomplete one. Many norms have developed by other than market means, e.g., through conquest and coercion, the exertion of institutional authority, charismatic leadership, and the like. Smith respects these patterns as well as he clearly tells us: “The *man* whose public spirit is prompted altogether by *humanity* and benevolence, will respect the established powers and privileges even of individuals, and still more those of the great orders and societies, into which the state is divided. Though he should consider some of them as in some measure abusive, he will content himself with moderating, what he often cannot annihilate without great violence. When he cannot conquer the rooted prejudices of the people by reason and persuasion, he will not attempt to subdue them by force” (TMS VI.ii.2.16). It is thus possible in Smith for there to be “free market” men of system as well as men of system opposed to markets. It is also possible, as I mention below, that there may be tensions between the different orders, something Otteson seems uncomfortable with but which I believe Smith was not. See also in this connection Smith (2004: 67-76).

REFERENCES

- Buchanan, James, 1999 [1975], *The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan*, Indianapolis: Liberty Fund.
- Carrasco, María Alejandra, 2004, “Adam Smith’s “sympathetic impartiality” and universality”, (in this volume).

- Den Uyl, Douglas J. & Rasmussen, Douglas B., 2006, "The Myth of Atomism", *The Review of Metaphysics*, 59:4, 841-68.
- Den Uyl, Douglas J., 2009, "Homo Moralis", *Review of Austrian Economics*, Spring, Vol. 22, 349-385.
- Evensky, Jerry, 1993, "Retrospectives: Ethics and the Invisible Hand," *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 7:2, 197-205.
- Evensky, Jerry, 2005, *Adam Smith's Moral Philosophy*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Fleischacker, Samuel, 2004, *On Adam Smith's Wealth of Nations*, Princeton: Princeton University Press.
- Fleischacker, Samuel, 1999, *A Third Concept of Liberty: Judgment and Freedom in Kant and Adam Smith*, Princeton: Princeton University Press.
- Hanley, Ryan Patrick, 2009, *Adam Smith and the Character of Virtue*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Otteson, James R., 2002, *Adam Smith's Marketplace of Life*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Paganelli, Maria Pia, 2008, "The Adam Smith Problem in Reverse: Self Interest in *The Wealth of Nations* and *The Theory of Moral Sentiments*", *History of Political Economy*, 40:2, 365-382.
- Rasmussen, Douglas B. and Den Uyl, Douglas J., 2005, *Norms of Liberty A Perfectionist Basis for a Non-Perfectionist Politics*, Pennsylvania: Penn State University Press.
- Schneewind, J. B., 2010, *Essays on the History of Moral Philosophy*, Oxford: Oxford University Press.
- Sen, Amartya, 2009, "Introduction", in Adam Smith's *Theory of Moral Sentiments*, Penguin Books.
- Smith, Adam, 1982 [1759], *The Theory of Moral Sentiments*, ed. D.D. Raphael and A.L. Macfie (vol. I of the *Glasgow Edition of the Works and Correspondence of Adam Smith*, Oxford, 1976), Indianapolis: Liberty Fund, Inc.
- Smith, Adam, 1981 [1776], *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, ed. R. H. Campbell and A. S. Skinner, vol. I- II of the *Glasgow Edition of the Works and Correspondence of Adam Smith*, Indianapolis: Liberty Fund.
- Smith, Vernon, 2004, "Human Nature: An Economic Perspective," *Daedalus* 133 (Fall): 67-76.

ADAM SMITH'S "SYMPATHETIC IMPARTIALITY" AND UNIVERSALITY*

María A. Carrasco**

Abstract: I reconstruct here the implicit rationale of Smith's ethical system, which unites in a single and consistent theory the most valuable features of both ancient virtue ethics and modern deontology. I propose that Smith could do this because of his approach to what I call "sympathetic impartiality", and the pretension of universality that arises from it. In Smith's theory, sentiments are moralized through the impartial spectator procedure which, willingly or not, changes the moral axis from emotivism to practical reason.

Unlike rationalistic philosophers, Adam Smith did not explicitly articulate a rational structure to justify everyday talk and moral practice, nor did he use theoretical reasons to support these judgments. On the contrary, starting from empirical observations, he gave realistic and commonsensical explanations of how moral norms and judgments arise from the natural drives of human beings. However, I believe that the reconstruction of the rational structure underlying Smith's *Theory of Moral Sentiments* is possible, and hence that we can unveil part of the implicit justification of this ethical system. Obviously I am not claiming that Smith intended or was even aware of this hypothetical theoretical framing I here propose, yet his insightful account of the psychological and anthropological basis for moral

* Paper delivered at the American Philosophical Association Meeting held in 2004. I am most indebted to Samuel Fleischaker, Douglas Den Uyl and Eric Schleisser's comments on the draft of this paper.

** Doctora en Filosofía (Universidad de Navarra). Profesora de la Facultad de Filosofía (Pontificia Universidad Católica, Santiago, Chile). Email: mcarrasr@uc.cl

evaluation and his detailed description of moral judgements allow us to establish the framework behind such a comprehensive and intuitively attractive moral code.

My aim in this paper is to reconstruct, albeit partially, the implicit rationale of Smith's ethical system, and hence to uncover part of the theoretical justification of one of the most brilliant systems of ethics in modernity: one that unites in a single and consistent theory the most valuable features of both ancient virtue ethics and modern deontology. I will propose that Smith could do this because of the particular spectator approach he uses to explain morality, which I here call "sympathetic impartiality," and which I will also suggest gives rise to some pretension of universality for this code. Universality leaves out sentiments as the foundation for this system.¹ Smith's theory of moral sentiments is a theory of *moral* sentiments, sentiments that are moralized through the impartial spectator procedure which, willingly or not, changes the moral axis from emotivism to practical reason.

1. Morality: Natural But Not Innate

My first claim is that morality in Smith's theory is like a second order structure built upon our original psychological constitution. The impartial perspective is not innate for us. We acquire it in "the great school of self-command" where through "the sense of propriety and justice (we learn to) correct the otherwise natural inequality of our sentiments" (*The Theory of Moral Sentiments*, hereon TMS, III.3.3). Hence the spectator's moral judgment does not merely rely on the pleasure of mutual sympathy, but on the pleasure of coincidence in appropriate feelings, coincidence in propriety. Therefore this pleasure is a second order pleasure, as well as moral or appropriate feelings are second order feelings, which arise because original, subjective or raw passions are malleable and can thus be informed by the impartial spectator's perspective.² The moral point of view is learned, but it is not arbitrary. Moral categoriality opens a new dimension in life: just as natural as psychology, although not innate. Indeed, these second order or moralized

feelings have the peculiarity that they are feelings for which people are accountable:³ they should be able to give reasons or to articulate justifications for them.

If our original standing in the world is self-centered or from a first person perspective, the moral point of view in Smith's theory is related to what Stephen Darwall has called the "second person perspective," which regulates moral judgments by determining the way the spectator enters into the agent's standpoint (Darwall, 1999:142). This is very much of what I mean by "sympathetic impartiality," a perspective which despite being truly impartial –free from bias– is nevertheless capable of taking into account all the circumstances and particularities of a situation from inside the agent. Impartiality is important because it breaks self-reference and the risk of making ourselves the measure of moral good and evil. When Smith supplements the "great law of Christianity" –to love our neighbour as we love ourselves– with "the great precept of nature" –to love ourselves only as our neighbour is capable of loving us" (TMS, I.i.5.5), he implies that impartiality is the only possible standard for propriety. We all realize this when, seeking the pleasure of mutual sympathy, we view ourselves from the outside and discover that we are but one in a multitude of equals, and if we don't discipline our passions and humble our arrogance, nobody will sympathize with us (TMS, II.ii.2.1).

However, this impartiality is not a third person perspective –an impartiality from the outside– because the great law of Christianity has only been supplemented, not eliminated. And loving or treating our neighbour as we treat ourselves means to understand their circumstances from the inside, to identify with them in order to sympathize. This moral sympathy is the second order structure I alluded to. Smith rooted morality in our natural tendency to empathize or to imaginatively change perspectives; an ability empirical psychology has shown we learn from childhood.⁴ This empathy as simulation⁵ works by re-centering our egocentric map, in order to become, in imagination, the other person, and thus to know how she feels, thinks and reacts.⁶ This is the job habitually done by actors, it is a know-how acquired and refined by experience.

Yet with this kind of identification where we completely absorb ourselves into the other's point of view, we are still not able to judge their conduct or passions. To judge we need some point of comparison, which may well be to imagine ourselves in the other person's situation in order to see what we would feel if we were in those circumstances.⁷ We compare our feelings with his feelings making ourselves the measure of propriety.⁸ But this is not yet moral judgment for Smith. Moral judgment is very similar, although with a necessary correction: The spectator must know how the agent feels but must enter into the agent's situation with an impartial perspective. It is like having two maps, one on top of the other. The first expressing a complete identification with the agent, an absolute re-centering of our egocentric references; and the second expressing an impartial spectator's identification with the circumstances of the agent. The agent's feelings are not compared this time with the actual spectator's feelings, but rather with those of an impartial spectator. We do not judge with our actual and perhaps distorted feelings, but with appropriate or already corrected feelings, those already informed by impartiality, our second order feelings.⁹ This is at last the "sympathetic impartial" perspective, the real "moral sympathy."

Furthermore, this moral perspective reveals that impartiality in Smith's theory is an outgrowth of sympathetic identification, or the reverse side of the act of sympathizing. In order to identify himself with the agent, the spectator must un-identify himself from himself, break down his self-centeredness, bracket out his own particularities and become, as it were, a typological person, someone with no partial interests, an impartial spectator. There is no other way to enter into the agent's sentiments and to know what he is feeling in those circumstances rather than what the spectator would feel if he were in the same situation. Neither is there another way to know what this basic equality among people –which reason continuously reminds us of¹⁰– *calls for* in the agent's situation. Therefore, the impartiality of the spectator's perspective is a necessary effect of his sympathizing with the agent, as long as we understand sympathy, and the specific moral sympathy, as Smith does.

Equality, on the other hand, is not just expressed by impartiality, but first and foremost by the natural drive of sympathy. If we are able to enter into

the other's feelings, it is only because we see someone with whom we may identify. We are not really able to identify ourselves with a dog, for instance; and absolutely unable to do it with an ashtray. We must see the other as a purposeful being, at least for moral sympathy. We must see the other as someone who is responsible for his conduct and may therefore be praised or blamed for it. There can neither be sympathy nor moral judgment if we do not see the other as an equal. This basic equality¹¹ among us which sympathy requires and expresses, is neatly explained by Smith when he describes the proper object of resentment (TMS, II.iii.1.6). He says that it is not enough that the object of this passion has been the cause of the pain, or that it is also capable of feeling pain. The proper object of resentment, the only person we can blame and punish (having moral feelings towards that person), is the one who has intentionally caused that pain. In other words, that person has to be a purposeful being, an equal. Sympathy, impartiality and equality, as we can see, are tightly knitted in Smith's theory, in continuous and mutual reference.

2. "Sympathetic Impartiality"

The spectator's "sympathetic impartial" perspective, which I am claiming is the foundation of Smith's theory, consists in this particular standpoint that despite being truly impartial, is nonetheless capable of considering, from the very inside of the agent, the specific circumstances of each situation. From this point of view, Smith is able to introduce impartiality and equality, the very signature of modern ethics, into the heart and as a proper grounding for an ethics of virtues. This is possible because, although all founded on the same principle (the approval of the impartial spectator), Smith distinguishes and justifies different treatments for positive and negative virtues, according to –borrowing Charles Taylor's term– the "import" of the situation to which each of them responds.¹² Smith explains this when marking a difference between his and Hume's concept of sympathy, saying that "Sympathy ... does not arise so much from the view of the passion, as from that of the

situation which excites it.”¹³ This aspect of sympathy, its openness to the specific “import,” is clearly shown by his depiction of conditional sympathy (TMS, I.i.3.4). This is when we do not actually identify with the agent’s passion or conduct, but we know from experience that what he is doing is appropriate for those circumstances. Thereby, we approve of him. This not-normal situation allows us to see fairly well the precise structure of sympathy, where the judgment of propriety depends more on the situation’s import, usually grasped through the impartial spectator’s feelings, than on the actual feelings of the spectator or even his correspondence with the agent’s. Sympathy, therefore, and the specific sympathy of the impartial spectator, which is the one that defines moral standards, must respond to the morally relevant imports of the situation. Hence the impartial spectator, stemming from sympathetic identification, does not create or invent values, but rather recognizes or discerns them from reality.

Furthermore, while describing virtues, Smith says that the pitch or the point of propriety varies from passions to passions (TMS, I.ii.introd.2), because it depends on context, circumstances and above all on the sense of propriety found in different cultures. Moreover, these behavioural norms allow for degrees and are absolutely free. Rules of justice though, which is the only negative virtue, are exact, precise and enforceable. They do not allow for degrees, and should be strictly abided by.

How can this be? Why is there this sharp difference between virtues if they are all grounded on the same principle? Possibly because impartiality –as Marcia Baron has shown (1991:836-857)– may be considered on two different levels that should not be confused. The first is impartiality in rules and principles, which basically means not to make an exception of ourselves. The second is impartiality in particular or everyday decisions, like the original utilitarian impartiality where people are prescribed to value their own things exactly as they value those of others, without giving them any additional weight merely because they are theirs. Naturally, impartiality in rules and principles is perfectly compatible with partiality in the second level, providing that the rules are the same for everybody. For instance, to say “Every mother shall care for her child more than for other children” satisfies this first criterion; it is an impartial norm

that rules out arbitrariness, which is the main task of first level impartiality, although it is not impartial in the second level. Following this insightful distinction, I would like to propose that in Smith's ethics positive virtues are impartial only in the first level, allowing for agent and culture-relative prerogatives, while negative justice is impartial in both levels, in its principles and in the equal share of respect everyone deserves.

On the other hand, when Darwall explains Smith's notion of justice he highlights its intrinsic relation to sympathy. In the second part of TMS, Smith says that the spectator feels resentment and approves of punishment because of his identification with the sufferer of an unjust aggression, and the consequent feeling that injustice was done, as it were, to him. This is why, for Smith, rules of justice are "sacred": No spectator would ever accept to see someone treated as an inferior, as a mere means for another's end, when his reason is constantly telling him that we all are but one in a multitude of equals (Darwall, 1999:142-145). In other words, judgments of justice may be more vivid than others –as Smith says– because they implicitly express our equality as human beings (Darwall, 2004:133). Furthermore, this equality is not just an instrumental equality ordained to maximizing overall utility. Smith is quite clear about the primacy of the individual over society (TMS, II.ii.3.10), which would mean that if our equality is not merely instrumental, it is equality of human beings as ends in themselves: equality in dignity. Therefore, when the spectator sympathizes with the sufferer he feels the sufferer's worth as his own, and cannot stand the violation of what is most sacred for us: our dignity.

To recognize the other as being of equal dignity, as resentment implicitly manifests,¹⁴ demands from us what Darwall has called "recognition respect." This is the proper attitude towards things of worth, of intrinsic value; it is some kind of respect we give or we just fail to give, but it does not allow for degrees (Darwall, 1977). I believe that Smith's negative justice expresses this "recognition respect," which is always embodied in moral constraints (things we cannot do to others), and which also manifests impartiality in the first and second level.¹⁵ A second type of respect Darwall identifies is what he calls "appraisal respect." This respect is related to various features of

character, to the idea of virtue, of merit, of what is worthy of admiration and emulation, and does allow for degrees. Not everybody deserves the same amount of “appraisal respect,” although what is praiseworthy in one, must be equally recognized in any other of the same merit. Impartiality here works only in the first level, allowing different societies to have different ideals of perfection, provided they have eliminated arbitrariness within them. This would be the side of positive virtues in Smith’s ethics, which demands a different kind of engagement. Yet, in any case, Darwall also says that both of these kinds of respect are normative and agent-neutral, which may give us an initial clue to understand the possibility of universality in Smith’s theory (Darwall, 2002:77).

Consequently, if in this ethics virtue is the appropriate degree of all passions (TMS, VII.ii.3.21), regarding justice that degree is clear: it must be absolute respect for all our fellow-creatures’ dignity; anything less would be immoral. Regarding the other virtues though, the context will be essential to establish the exact point of propriety for that specific situation. But this is not relativism. First, the impartial spectator’s judgment depends on the import of the situation, something quite similar to Aristotelian *phronesis*, that seeks the adequacy or convenience of the agent’s passion to its cause. Second, this phronetic judgement is validated by the mediation of the impartial spectator, who breaks our natural centrality in order to guarantee that we treat ourselves as we treat others. This double rapport, the agent with the import and the agent with the spectator, or more precisely within this theory, the agent with the import *through* the impartial spectator, is what supplements Aristotelian *phronesis* with a precise and distinct measure for propriety –the sympathy of the impartial spectator (TMS, VII.ii.1.49)–, and enables the grounding of virtues on a universalistic moral principle.¹⁶

Thereupon, moral judgments in this theory are justified, at the normative level, by equality in dignity, which follows directly from Smith’s doctrine of sympathy. And at the meta-ethical level, their validity comes from the mediation of the impartial spectator, an external though internalized process that legitimizes our corresponding feelings, liberating us from the necessity to appeal to any other authority except our own practical reason.

So, if these claims are true, they would imply that, at least to some extent, Smith's TMS should have some pretension of universality. I will not defend that moral norms are factually the same everywhere, not even that they should be so. My proposal is much more modest: I think that there is a subset among Smith's norms of justice that may be really seen as universal.

3. Universality

I will start distinguishing two different aspects of moral judgments. The first is the way we assess propriety, the "sympathetic impartial" process which is obviously the same for every human being.¹⁷ The second is their content, which depending on the myriad of different notions of propriety among cultures, might lead this ethics to relativism. However, I think that at least some part of this specific aspect in Smith's theory may be viewed as universal, and this is directly related to his distinction between positive and negative virtues. Furthermore, this is the main reason why we can say that this theory supplements classical virtue ethics with modern deontology.¹⁸

At the beginning of this paper, I said that morality was a second-order structure built upon our psychological constitution. Yet it is well known that Smith also distinguishes two possible levels of morality within this structure:¹⁹ that of the "bulk of mankind", and that of the "men of perfect virtues". He even states: "Two different roads are presented to us, equally leading to the attainment of this so much desired object [praise and praiseworthiness]. The one, by the study of wisdom and the practice of virtue; the other, by the acquisition of wealth and greatness".²⁰ The majority chooses the second road to lead their lives, where the impartial spectator within is mainly the internalization of social standards, and morality is basically convention. If we stay at this level, and since common sense is usually relative to each particular community, the only task required of the impartial spectator within would be to correct partial or ill-informed judgments of external spectators (TMS, III.2.32).

This notwithstanding, Smith also says that in a “well formed” mind (not only “well informed”), love of praiseworthiness is stronger than love of praise (TMS, III.2.7). He describes the virtuous man as someone who has almost identified himself with the impartial spectator (TMS, III.3.25) and who, through a more dedicated and careful work than his peers, could form and pursue a more precise image or idea of perfection (TMS, VI.iii.25). This high-level morality attained only by a few is, in my opinion, the door Smith uses to open his theory to some pretension of universality. Morality allows for degrees of perfection. Moral knowledge starts with the internalization of social conventions, but it may evolve to the understanding of the reasons behind those conventions and to critically evaluate them. Being a habit, a know-how, moral judging may be increasingly delicate, insightful, and capable to more accurately discern the “import” of the situation.²¹ If morality were only emotions and convention, there could not be any pretension of universality. However, if moral beings are accountable beings, if they are able to rationally justify their conduct, practical reason is at work, and at least for virtuous people some kind of universality may be reached, they might be able to unveil some norms that all well-formed and informed human beings should endorse. In sum, there may be another moral source besides convention and actual cultures, a third possibility between the ideal observer and Freudian superego (Otteson, 2002:62), one that begins from the empirical-contingent but is capable of transcending it. Paraphrasing Kant, although moral standards begin with society, it does not follow that they all arise from society.

Self-deceit, though, as Smith recognizes, is an important obstacle for the correct use of practical reason (TMS, III.4.6). However, as the reverse side, and in absence of counterfactual tests to warrant practical truth, the empiricist Adam Smith points out to some devices for self-correction or for unveiling delusions to get closer to propriety. In the first place, the existence of rules embodying the principle of impartiality corrects our judgments when we are so absorbed by the heat of our passions that we are unable to hear the voice of the impartial spectator within. Yet, in the second place, and not really emphasized in the text, he also points to experience and reflection,²² two

devices that may be used, principally by virtuous people, and of particular importance to understand the possibility of moral progress. These last two devices, in my view, will be the key to transcend relativism in Smith's theory.

It is indeed true that if everybody were exactly of the same opinion in any given society, it would be scarcely possible for the impartial spectator to have a critical standpoint. If a society were entirely corrupted in a particular custom, the impartial spectator would probably also be corrupted, at least if he never compares his culture with another. But this is hardly a real situation in our open and pluralistic societies. Differences invoke dialogue, taking distance from our own convictions and testing them against the other's point of view. This contrast, which might imply refutation, is a positive sum game: both parties reflect on their opinions, weigh up their different justifications, and might get closer to a practical truth.²³ Refutation unveils self-deceit and allows for moral progress. However, in order to converse and test our values, we must be willing to engage in this process. Probably the "bulk of mankind" would prefer the *status quo* and the comfortable approval of their homogeneous little groups; but "people of perfect virtue", those who look for praiseworthiness above all, would certainly want to engage in dialogue and take a critical standpoint towards given truths.²⁴

The possibility to get closer to practical truth is easier through cross-cultural than through immanent criticism.²⁵ And the different treatment of positive and negative virtues in Smith's ethics is determinative to assess it. In order to judge the positive virtues of foreign cultures, we shall do some initial corrective adjustments to understand them from within. For example, from my current perspective, I cannot approve of Juliet's family forbidding her to marry Romeo; but identifying myself with those cultural norms I might find it appropriate. Notwithstanding, even Smith says that the influence of customs and fashions on moral sentiments can never be great departures from natural propriety of action besides specific usages and shadings of what is considered acceptable in each culture.²⁶ Yet we may still concede that propriety, in this ethics, is mainly culture-relative.

But the virtue of justice is different. Smith says that although positive virtues embellish a building, justice supports it;²⁷ hence if there were any

universal norm in morality, it would be focused on, and only on, the respect for justice: the equal dignity of human beings. “Recognition respect”, being an agent-neutral reason and being impartial in both levels, should be the same everywhere.²⁸

There are two objections to this thesis, though. The first, as Fleischacker has well noted, is that justice in Smith’s ethics follows resentment, which is the reaction to unjust harm or injury. Yet harm and injury are essentially social categories (Fleischacker, 2004:158). How could we judge justice in other cultures with our own culture-relative notion of harm? Positive harm in one culture may not be the same in another. In the Middle Ages it was absolutely appropriate to kill a man for having dishonoured the family name. Nowadays, that would be notoriously unjust.

The second objection for my thesis is that not every culture recognizes the same group of people as moral beings, as deserving “recognition respect”. Slaves, women and children, for instance, have not been considered equal for long periods.

However my claim is that these factual differences are *no* argument against Smith’s theory of openness to universality. We must remember his depiction of judgments of justice, and particularly the concept of “illusive sympathy.” He says that even when the victim does not feel resentment for being harmed out of improper motives, the impartial spectator will, nonetheless, feel it and will want to punish the aggressor (TMS, II.i.2.5). What does this mean? Naturally, in judgments of justice the ultimate criterion for the spectator’s resentment is not sympathy –understood as coincidence in appropriate feelings– but the violation of a fellow-creature’s dignity (Tugendhart, 2004:97). Justice, as we saw before, protects equal dignity of all our fellow creatures, of every purposeful being with whom we are able to sympathize. Hence, from these statements, it is possible to infer that there *may be* some hard core, or some cross-cultural truths about what counts as dignity, and what then should universally be considered unjust. There will always be a grey zone, some things that will count as positive harm in some cultures and not in others –as in dishonouring the family name– but there will be other conducts that despite cultural standards, foreign spectators could never consider proper or just.²⁹ In

other words, positive harm may well be related to culture, as Fleischacker says, but there may also be other kind of harm, not directly related to culture but to *humanity as such*. To kill another without any justified cause (i.e. out of improper motives), to harm children for fun, to break promises (which imply voluntary obligation) and some kinds of slavery *may be* examples of these cross-culture injustices; in other words, these will be objects of resentment for any “cultural” impartial bystander.³⁰

Yet we may still ask why, if these injustices are so evident, some communities do not see them. It is because justice requires sympathy, and sympathy implies identifying with another person as an equal. The offenders in those cultures, or the impartial bystanders, do not really see those people as equals; and are thus blind towards their injustices. The disinterested spectator external to that community, though, who sees those people as equals, is able to sympathize with the sufferers –even if the latter do not feel resentment– and can legitimately recognize and denounce unjust behaviour: the violation of the equal recognition respect every purposeful being deserves.

By implying contrast, arguments and refutation, cross-cultural dialogues may help in the emergence of this –let’s say– “cultural impartial spectator” who, unlike the other, does not set the “pitch” for every virtue, but only for that hard core of justice, the one requiring an equal share of respect for every moral being.³¹

But what can assure us that we are respecting the proper objects of respect? Nothing can warrant it. Dialogue, testing our own convictions with others, comparing experiences and so forth, is the only and endless process of learning which the empiricist Smith offers us. And it’s quite a realistic offering, considering the “weakness of our powers and narrowness of (our) comprehension” (TMS, VI.ii.3.6).

In sum, through the peculiar moral perspective Smith proposes, which I here called “sympathetic impartiality”, he is able to ingrain, at the same time and without contradiction, the foundation of an ethics that integrates classical virtues with modern deontology. Virtues, with all their culture-relative characteristics, are introduced through the “sympathetic” element of this perspective. Deontological constraints, in turn, with their pretension

of universality, are introduced through the “impartial” element. And thus two systems of ethics which are usually seen as exclusive or opposing are here united in Smith’s single and consistent Theory of Moral Sentiments.

NOTES

- 1 Sentiments, as Smith well describes, are unequal and contingent, varying among people and among cultures.
- 2 As a matter of fact, Smith says: “Bring him [man] into society [thus the moral sphere], and all his own passions will immediately become the causes of new passions” (TMS, III.1.3). Affectivity reflects our natural responsiveness to situations. Our original passions are the reaction to the value of the circumstances for us; while these moral or second-order passions are the reaction to the –as it were– “impartial value” of the circumstances, to value in itself (or for any human being), non biased by our particular interests and affections.
- 3 In the first edition of TMS we read: “A moral being is an accountable being” (TMS, III.1.3). This is possible only because of reflexivity, which we attain with our natural upbringing and the necessary reciprocal mirroring society provides us.
- 4 See Gordon (1995:728-731). Psychology, in Smith’s theory of morals, sets the basis where moral judgments are grounded, but judgments are not psychological phenomena. Our psychological reaction is not the same as our moral judgments. In Smith, where the normative implications of the fact of sympathy are shown but gradually, this may not be clear enough. Yet mere sympathy belongs to the field of empirical psychology, whilst the impartial spectator’s sympathy is the specific and only sympathy which belongs to moral psychology. Mere sympathy, as Tugendart has shown, reflects our universalistically-commanded affective openness to others, which develops “an enabling general disposition that makes an appropriate affective attunement possible” (2004:91). It is the empirical foundation sustaining our moral ability to judge sympathetically.
- 5 Or what Philippe Fontaine has called “complete empathy” (1997:263).
- 6 See Gordon (1995:734). This empathy as simulation is what Smith describes at TMS VII.iii.1.4, after he has already specified his particular notion of sympathy: “I consider what I should suffer if I was really you, and I not only change circumstances with you, but I change persons and characters.”
- 7 Or what Philippe Fontaine has called “partial empathy” (1997: 263).
- 8 This is illustrated in when Smith says: “When we judge in this manner of any affection, as proportioned or disproportioned to the cause which excites it, it is scarce possible that we should make use of any other rule or canon but the correspondent affection in ourselves” (TMS, I.i.3.9).
- 9 “Morally good” in Smith’s theory is not expressed in the pleasure of mutual sympathy, but in the pleasure of the correspondence in propriety, or the pleasure in mutual “moral

- sympathy.” Although he starts saying that the spectator measures the agent’s feelings with his own feelings, and the pleasure of sympathy emerges from their coincidence; he then observes that at least to reach propriety, the agent’s feelings shall be measured by what “the situation deserves,” which in turn is known by the “impartial spectator” (see TMS, I.i.1.10).
- 10 In TMS Adam Smith repeats up to three times this same idea: see II.ii.2.1; III.3.4 and VI.ii.2.2.
 - 11 Equal as purposeful beings, equal in respect of responsibility; equal, therefore, as moral agents and thus –as I hope to show– equal in dignity.
 - 12 Taylor coined the term “import” to express the particular feature of the situation to which we react because of the kind of being we are (1985:45-76). Cats, for instance, fear dogs, thus when they see one they run away: that is a frightening situation for them. We, human beings, also react to imports. There are culture-relative imports, like those that trigger reactions in one culture but not in another (shameful situations, for example); and there are cross-cultural imports, which trigger the same reaction in every human being just because of the kind of being we are.
 - 13 See TMS I.i.1.10 and TMS I.i.2.6. Smith’s moral sympathy then, does not depend on our feelings but on what we think the situation deserves.
 - 14 As a matter of fact, moral sympathy in general manifests this equality, although it is easier to see it in resentment.
 - 15 Following Smith, Knud Haakonssen says that justice is different from other virtues because resentment is a more pungent sensation that, unlike positive virtues, reflects the lack of something that we should have been given but were not. That would be the reason why this virtue allows for no degrees and, up to some point at least, it may be universal (Haakonssen 1981:86). Samuel Fleischacker refuses this interpretation (2004: 153-161). I will discuss this problem in section 3.
 - 16 This principle of impartiality is very similar to Kant’s, since, ultimately, it prescribes not to make an exception of ourselves: the same test of Kant’s Categorical Imperative (see Tugendhart, 2004:98).
 - 17 This first aspect is what many authors, like Ernst Tugendhart, Stephen Darwall or Vincent Hope, have compared with Kant’s Categorical Imperative, and which is supposed to give that “precise measure” for propriety Smith is proud to have found (see TMS, VII.ii.1.49). Furthermore, if we follow James Otteson analogy between ethics and language (Otteson, 2002) this aspect would correspond to the structure of language, which is also the same everywhere (subject and predicate).
 - 18 Keeping the same analogy, this would mean that there are some predicates which necessarily belong to some subjects, that is to say, that they are not culture-relative. In TMS II.ii.1.7 Smith says that even before civil government people reacted to injustices; and although “civil government” or the formal organization of a community is not the same as “culture,” it does imply a more precise definition of the community and its culture. Therefore, if justice is “pre-political,” it might also be, as it were, “pre-cultural,” or better, since that is impossible for Smith, some norms of justice may be seen as universal.

- 19 Norbert Waszek (1984) was the first to distinguish between these two possible levels in Smith's theory. Moreover, Smith states that the mob usually compare themselves with the average, while men of perfect virtue compare themselves with perfection (TMS, I.i.5.9-10 and VI.iii.23). These different standards do not necessarily mean different "moralities", but they do mean different ways of facing moral criteria and thus a different way to "shape" their conscience according to them.
- 20 TMS, I.iii.3.2. Once more, these different objects of emulation forges different characters and thus, at least to some extent, different standards for morality.
- 21 See Smith's description of the virtuous man in VI.iii.25.
- 22 See, for instance, TMS III.2.3-4, VII.iv.23 and Smith's analogy of the virtuous men with the artists in VI.iii.26.
- 23 In "Smith and Cultural Relativism" Fleischacker suggests that the "Socratic questioning" about ethics with which Charles Griswold proposes to supplement Smith's thought at the end of his *Adam Smith and the Virtues of Enlightenment*, may already be within Smith thought itself. I believe it is really there, latent under –borrowing Otteson's term– the "marketplace of morals." This thesis may be easier to demonstrate through its opposite: Men of system, the most dangerous to society, would never accept or even tolerate other opinions than theirs (see TMS, VI.ii.2.18).
- 24 In Plato's *Crito*, Socrates introduces this same idea: Wise men do not have to pay attention to what people say ("praise," in Smith's case), but to what wise men, those who really understand about justice and injustice, say ("praiseworthiness"). In Smith's theory, these "wise men" or men of perfect virtue are willing to engage in dialogue (i.e. they look for the friendship of other wise men), because they know that they may always learn from their peers. See TMS V.1.4 for the importance of "comparison" among different patterns and the importance of self-distancing from our own convictions.
- 25 I am not saying that every cross-cultural judgment ought to be universal, but rather that if there is any universal norm, it should be cross-cultural. This is the reason why this kind of judgments favours the discovering of (potential) universal norms. I am indebted to Doug Den Uyl for making me see this point.
- 26 This clarifying expression appears in TMS III.3.21, and is used by Fleischacker (2005), who proposes to see Smith's ethics as a general sketch of good conduct, which shall be applied everywhere, but which also allows for different shadings to be filled in differently by different cultures. However, Fleischacker lately questioned this interpretation because to say a "general sketch" was too vague a definition, and different communities would believe different norms should belong to it.
- 27 See TMS II.ii.3-4, where he says that justice is the only singular virtue for society to subsist.
- 28 In TMS V.2.13 Smith's says that although we expect different things from different states (ages, professions, cultures...), we expect truth and justice from all.
- 29 In "Smith and Cultural Relativism," Fleischacker says that Adam Smith "defines 'morality' in a way that hews closely to the use of that word in ordinary life. Not only does his procedure for moral judgment ... makes the standards of one society largely determinative of one's moral judgments, but his very decision to identify moral judgment with the judgment

of the impartial spectator seems underwritten by a belief that this is what most people mean by 'moral judgment' in ordinary life." According to my interpretation, this statement is correct as long as we emphasize the word "largely," opposing it to "absolutely."

- 30 Quoting from some of Eric Schliesser's comments on this paper, he says: "Throughout TMS II.ii there are suggestive remarks that Smith thinks these feelings [the perception of distress which is an affront to our common humanity] are natural in us independent of socialization (TMS, II.ii.1.4; II.ii.1.10; II.ii.3.4)." He refers to justice as a natural and not necessarily a moral sentiment. However, my own interpretation of these passages is that justice is not *exclusively* dependent on culture ("socialization"). However, according to my interpretation, *natural* sentiments are not opposed to *moral* sentiments (indeed, morality is a *natural* second-order structure built upon our raw feelings). And if moral sentiments should be opposed to something, it would be to our *raw feelings*, our spontaneous reactions, which in the case of justice (a moral sentiment) could be 'revenge' (cf. TMS I.ii.3.3).
- 31 General self-deceit in this case, because interests and passions are too strong, or traditions too deeply rooted, might be as hard to eradicate as in common morality. As Nancy Sherman says (1998), the act of empathetic imagination is not always automatic, and sometimes we need to look for bridges to access that alien world and let empathy to do its work. Those bridges are information, familiarity, narratives, images, etc.

REFERENCES

- Baron, Marcia, 1991, "Impartiality and Friendship", *Ethics*, 101: 836-857.
- Brown, Vivienne (ed.), 2004, *The Adam Smith Review*, vol. 1, London and New York: Routledge.
- Darwall, Stephen, 2004, "Equal Dignity in Adam Smith", *Adam Smith Review*, 1: 129-34.
- Darwall, Stephen, 1977, "Two kinds of respect", *Ethics* 88 (1):36-49.
- Darwall, Stephen, 1999, "Sympathetic Liberalism: Recent Work on Adam Smith", *Philosophy and Public Affairs*, 28 (2):139-164.
- Darwall, Stephen, 2002, *Welfare and Rational Care*, Princeton: Princeton University Press.
- Fleischacker, Samuel, 2004, "Smith and Cultural Relativism", Conference held at Pontificia Universidad Católica de Chile. A revised and enlarged version of this paper is now available in Fricke, Christel and Schütt, Hans-Peter (eds.), 2005, *Adam Smith als Moralphilosoph*, Berlin: Walter de Gruyter, pp. 100-27.
- Fleischacker, Samuel, 2004, *On Adam Smith's Wealth of Nations: A Philosophical Companion*, Princeton: Princeton University Press.
- Fontaine, Philippe, 1997, "Identification and Economic Behaviour: Sympathy and Empathy in Historical Perspective", *Economics and Philosophy*, 13:2, 261-80.

- Gordon, Robert, 1995, "Sympathy, Simulation and the Impartial Spectator", *Ethics*, 105: 727-742.
- Griswold, Charles, 1999, *Adam Smith and the Virtues of Enlightenment*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Haakonssen, Knud, 1981, *The Science of a Legislator: The Natural Jurisprudence of David Hume & Adam Smith*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Hope, Vincent, 1989, *Virtue by Consensus: The Moral Philosophy of Hutcheson, Hume and Adam Smith*, Oxford: Oxford University Press.
- Otterson, James, 2002, *Adam Smith's Marketplace of Life*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Sherman, Nancy, 1998, "Empathy, Respect and Humanitarian Intervention", *Ethics and International Affairs*, 12: 103-119.
- Smith, Adam, 1982 [1759], *The Theory of Moral Sentiments*, ed. D.D. Raphael and A.L. Macfie, vol. I of the Glasgow Edition of the Works and Correspondence of Adam Smith, Indianapolis: Liberty Fund. (Available online at <http://oll.libertyfund.org/title/192>)
- Taylor, Charles, 1985, "Self-interpreting Animals", in *Human Agency and Language*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Tugendhart, Ernst, 2004, "Universalistically approved intersubjective attitudes: Adam Smith", in Brown, Op. Cit.
- Waszek, Norbert, 1984, "Two Concepts of Morality: A Distinction of Adam Smith's Ethics and its Stoic Origin", *Journal of the History of Ideas*, 45: 591-606.

SOBRE EL LIBERTARIANISMO DE MICHAEL OTSUKA

Nicolás Maloberti

De acuerdo al llamado libertarianismo de izquierda, los individuos tienen un derecho de propiedad sobre sí mismos tan estricto como aquél sostenido por los libertarios clásicos, tales como Murray Rothbard y Robert Nozick. Este derecho implica la ilegitimidad de comunes medidas paternalistas y moralistas, como podrían ser la penalización del consumo y venta de drogas o la prohibición del comercio de órganos. Pero también implica que los individuos tienen derecho al superior ingreso que puedan derivar del uso de sus capacidades y talentos naturales, pues a ellos se los considera como propietarios tanto de su cuerpo como de su mente, y del fruto de su trabajo. La diferencia entre los libertarios clásicos y los libertarios de izquierda radica en que estos últimos sostienen que la apropiación original de recursos *naturales* debería estar restringida de acuerdo a ciertas consideraciones igualitarias. En la primera parte de su libro, titulado *Libertarianism without Inequality*, Michael Otsuka (2003) propone una formulación novedosa de esas consideraciones. En la segunda y tercera parte, Otsuka ofrece sus perspectivas sobre otras discusiones características de la tradición Lockean a la cual él adhiere.

Auto-propiedad y propiedad del mundo

En general, las teorías igualitarias de carácter liberal proponen que la distribución de recursos sea sensible a las diferencias en talentos y habilidades naturales de los individuos. En términos más generales, el objetivo de la justicia distributiva es, en esta perspectiva, nulificar los efectos de la suerte “bruta” (Dworkin, 2000). Es decir, la suerte que no se puede conectar con las decisiones de los individuos, tal como es el caso, de nuevo, de nuestras propias habilidades naturales, o de las circunstancias económicas familiares

en las cual nos haya tocado nacer. Debido a que dentro del igualitarismo liberal se reconoce a los individuos libertad de asignar sus recursos de acuerdo a sus propios deseos, y debido a los diferentes riesgos que ellos decidan correr, la distribución resultante podrá terminar siendo significativamente desigual. Aun así, se ha mantenido que esta preocupación igualitaria por nulificar los efectos de la suerte “bruta” contradice al derecho de propiedad sobre uno mismo (Nozick, 1974; Cohen, 1995). Pues los individuos de mayores talentos y habilidades son forzados a renunciar al ingreso que esas capacidades les han permitido obtener, para compensar a aquellos menos afortunados.

Otsuka, sin embargo, sostiene que esa apreciación sobre la supuesta incompatibilidad de la propiedad de uno mismo y una distribución igualitaria se basa en un error. Esto sería cierto sólo cuando el ingreso en cuestión se haya generado independientemente del uso de recursos naturales. Pero si esto no es así, debemos primero especificar quién tiene derecho a esos recursos (p. 30).

Los libertarios clásicos piensan que los individuos tienen derecho a apropiarse recursos naturales simplemente mediante un ejercicio de posesión, tal como podría ser la inversión de trabajo (Rothbard, 1982; Kirzner 1989). En una versión quizás más defendible, se requiere que esa apropiación no perjudique a otros individuos, en comparación con un escenario en donde esa apropiación privada no tiene lugar (Locke, 1690; Nozick, 1974). Esta es la llamada cláusula Lockean. Siguiendo a G. A. Cohen (1995), Otsuka sostiene que existen serias objeciones a esta particular concepción de la cláusula, y propone una formulación más robusta en su lugar. Esas objeciones tienen que ver con el importante peso moral que se le otorga a consideraciones que se consideran arbitrarias, como el mero hecho de ser el primero en realizar la posesión. De acuerdo a Otsuka, esas objeciones son superadas si sostenemos que la apropiación de recursos naturales es legítima cuando se dejan suficientes recursos para que todos los demás individuos puedan adquirir una porción igualmente ventajosa (p.25). Otsuka sostiene que una distribución de recursos es igualmente ventajosa cuando todos los individuos tienen la oportunidad de alcanzar el mismo nivel de bienestar (p. 26).

Así, Otsuka propone que los recursos naturales se distribuyan en una relación inversa a la distribución natural de talentos y habilidades entre los individuos. Aquellos de menores talentos y habilidades tendrán derecho a una porción mayor de los recursos naturales. Aquellos de mayores talentos, tendrán derecho a una porción menor. Con los recursos así asignados, nadie debería tener la oportunidad de conseguir un nivel de bienestar mayor que el resto. Las diferencias de bienestar entre los individuos deberían depender enteramente de sus elecciones personales, y no de las circunstancias en las que les ha tocado nacer. Para lograr este objetivo, Otsuka sostiene que también es preciso instaurar limitaciones estrictas al derecho de herencia (p. 38).

Otsuka mantiene que su interpretación igualitarista de la cláusula Lockean no viola el derecho a uno mismo por la simple razón que ese derecho no hace ninguna referencia a los recursos externos. Pero Otsuka pretende ir más allá, pues después de todo podríamos decir lo mismo de la propiedad colectiva de los recursos externos. El problema es que bajo la propiedad colectiva de recursos, el derecho de propiedad sobre uno mismo es puramente formal (Cohen, 1995). Pues, debido a la importancia de los recursos naturales para satisfacer virtualmente todos nuestros proyectos de vida, uno no podría derivar prácticamente ninguno beneficio de ser propietario de uno mismo a menos que consiga el acuerdo de los otros miembros de la colectividad con respecto al uso de esos recursos. Otsuka pretende demostrar que su interpretación de la cláusula Lockean es compatible con un derecho “robusto”, y no meramente formal, del derecho sobre uno mismo (p. 32).

La demostración de esa compatibilidad descansa en dos elementos. Primero, un requerimiento de asignar a cada individuo una porción de recursos naturales que garantice la subsistencia. Segundo, el supuesto que los individuos de mayores talentos tienen preferencias por un mayor bienestar material del obtenido en condiciones de subsistencia. Si se supone esto, será en su interés propio comerciar con aquellos menos talentosos que recibirán más recursos. Estos intercambios garantizarán que los menos talentosos cuenten con los beneficios del trabajo productivo de los más talentosos, y que esa “ayuda” se consiga sin necesidad de forzar a nadie. Así, el ideal igualitario de que nadie posea mayores oportunidades de bienestar que el

resto se realiza, de acuerdo a Otsuka, mediante “truly voluntary exchanges” (p. 33). La asignación desigual de recursos naturales, sumada a los deseos de los más afortunados en términos de talentos y habilidades por un mayor nivel de bienestar, resulta en una situación de intercambio que permite a los menos afortunados obtener una renta de los más afortunados, y así conseguir que todos mejoren sus condiciones sin forzar a ningún individuo a asistir a los demás (p. 33).

Otsuka reconoce las dificultades prácticas o de implementación de su propuesta. Su interés radica solamente en contestar a aquellos que sostienen la existencia de un conflicto entre la propiedad de uno mismo y la igualdad de recursos incluso en la ausencia de todo tipo de dificultades prácticas (p. 40). A este nivel, sin embargo, el valor de la contribución de Otsuka es debatible.

Para juzgar el valor de la contribución de Otsuka uno debe preguntarse por la medida en que su teoría contribuye a este debate sobre la importancia de factores moralmente arbitrarios en la definición de un régimen de derechos de propiedad. De acuerdo a la posición predominante dentro del igualitarismo liberal, la legitimidad de una distribución de recursos descansa en la medida en que se reduce el impacto de esos factores. De acuerdo a los libertarios clásicos, del hecho que los talentos y habilidades naturales sean arbitrarios desde un punto de vista moral no implica que no sean relevantes a la hora de determinar qué corresponde a quién (Miller, 1982; Lomasky, 1987; Schmidtz, 2006). Ciertamente, podemos reconocer que la mayor parte de las ganancias de Tiger Woods se deben a su increíble habilidad natural. Pero también podemos negar que esa sea una razón suficiente para privarlo de esas ganancias, y así compensar a quienes no cuenten con comparable destrezas naturales. Llegar primero que otros y apropiarse un espacio del mundo deshabitado puede ser también moralmente arbitrario. Pero, de nuevo, esto no implica que no sea un buen criterio para definir títulos de propiedad originales. Después de todo, es un criterio sumamente sencillo, que no requiere ningún tipo de deliberación colectiva y no introduce las complicaciones prácticas propias de sistemas alternativos.

Inicialmente, uno podría pensar que Otsuka contribuye a esta discusión al demostrar que el derecho de propiedad sobre uno mismo no es violado

mediante una distribución igualitaria, y de esta forma, el argumento libertario clásico contra las propuestas redistributivas de corte igualitario se debilita. Pero esta apreciación es ilusoria. Otsuka no hace más que cambiar los términos del debate. La disputa que tenía lugar a la hora de redistribuir los ingresos adquiridos por medios legítimos, ahora tiene lugar a la hora de decidir cuál debe ser la distribución original de recursos naturales. Es cierto que una vez que se ha realizado la distribución original en los términos que plantea Otsuka, la igualdad de oportunidades de bienestar se podría mantener mediante acuerdos voluntarios, y nadie sería forzado a contribuir al bienestar de nadie. Pero esto es una cuestión conceptual, no substantiva.

A veces decimos que la razón por la cual no se debe interferir con ciertas acciones es que los individuos tienen derecho a realizarlas. Pero esa razón, estrictamente hablando, no es la razón fundamental. La razón fundamental es la que nos lleva a decir por qué los individuos tienen un derecho a realizar esas acciones. Los libertarios clásicos se oponen a las redistribuciones de naturaleza igualitarista sosteniendo que se viola el derecho de auto-propiedad al forzar a los individuos a entregar el fruto de su trabajo que resulte del uso de sus capacidades naturales. Otsuka propone distribuir los recursos naturales de tal forma que el efecto de esas capacidades naturales se nulifique, y propone luego que todos los intercambios sean voluntarios para que así no se viole el derecho de auto-propiedad. Pero las mismas consideraciones que se presentaban para justificar la existencia de un derecho de auto-propiedad que circunscribía el uso apropiado de la fuerza en el caso de los intercambios, se presentarán ahora para circunscribir el uso apropiado de la fuerza en el caso de las apropiaciones originales de recursos naturales. En este sentido, uno puede juzgar la “demostración” de Otsuka como irrelevante.

La naturaleza contingente de la supuesta compatibilidad de un derecho robusto de auto-propiedad y la interpretación de Otsuka de la cláusula Lockeaná podría también considerarse problemática. Ciertamente, incluso la propiedad colectiva de los recursos naturales y la auto-propiedad son compatibles en el sentido que los individuos *podrían* alcanzar un acuerdo en donde todos tienen acceso al uso de los recursos externos necesarios para la realización

de sus proyectos personales. Se ha argumentado que este resultado es altamente probable si asumimos, entre otras cosas, racionalidad y un desinterés mutuo que excluya, por ejemplo, los deseos de controlar los destinos de otros individuos (Jedenheim-Edling, 2005). Pero el aspecto problemático de la propiedad colectiva es, precisamente, que concede a los individuos el poder normativo de controlar los destinos de los demás. La réplica que sostiene que de todas formas los individuos no tendrán demasiados incentivos de hacer eso si son racionales y desinteresados parecería ser irrelevante en este contexto. Pues la objeción es que esos individuos no estarían haciendo nada moralmente objetable si no prestaran atención a esos incentivos. De igual manera, uno podría argumentar que bajo la teoría de Otsuka, los menos aventajados tienen el poder de mantener a los más aventajados en condiciones de subsistencia. El hecho que no cuenten con incentivos suficientes para hacerlo sería también irrelevante. La objeción es que, de acuerdo a la teoría, ellos no estarían haciendo nada objetable si decidieran ignorar esos incentivos.

Uno podría también preguntarse por la consistencia teórica de la posición de Otsuka. ¿Por que aceptar que los individuos sí pueden usar sus talentos y habilidades en un hipotético escenario en donde no interviene la existencia de recursos naturales, y sin embargo son luego considerados como relevantes en la distribución original de esos recursos? ¿Por qué las consideraciones que se estiman de fundamental importancia a la hora de decidir la forma en que los recursos naturales van a ser utilizados, no tienen ninguna relevancia a la hora de decidir cómo nuestros talentos y habilidades son usados en la ausencia de esos recursos? Es cierto que los individuos no pueden atribuirse ninguna responsabilidad por la existencia misma de esos recursos naturales. ¿Pero cuál es la responsabilidad que pueden atribuirse con respecto a la existencia misma de sus talentos y habilidades naturales?

Castigo y defensa propia

La discusión previa ocupa sólo el primer capítulo de la primera parte del libro. En lo que resta de la primera parte, Otsuka trata de una posibilidad

que surge de esa naturaleza contingente de la compatibilidad entre el derecho a uno mismo y la interpretación igualitaria de la cláusula Lockeana. Es posible que los que tienen capacidades para realizar trabajo productivo no deseen comerciar con aquellos que no tienen esas capacidades. Estos últimos tendrán control sobre una porción significativa de recursos naturales que les permitirán igualar su oportunidad de bienestar entrando en intercambios con aquellos con capacidades productivas. Pero iría contra el derecho a uno mismo forzar a estos últimos a realizar esos intercambios. Para esos casos, Otsuka propone que se obligue a los “injustos”, es decir a aquellos que hayan violado los derechos de los otros, a trabajar o ceder parte de sus recursos (p. 42).

Otsuka cree que su postura no debería encontrar mayores objeciones entre libertarios. Pues la típica objeción libertaria contra la redistribución de recursos pierde fuerza cuando esa redistribución proviene de aquellos que, voluntariamente, hicieron algo que no tenían derecho a hacer. Incluso, Otsuka piensa que los igualitarios liberales podrían considerar su propuesta seriamente. Pues si bien las cargas no se obtienen de una forma igualitaria, sí se obtienen de una forma que tiene un importante grado de voluntariedad. Es difícil de creer, sin embargo, que tanto libertarios como igualitarios encontrarán esta propuesta tan atractiva como sugiere Otsuka. En general, los libertarios tienen grandes simpatías por una teoría del castigo fundamentalmente ligada a un derecho de la víctima a recibir compensación. Es la víctima, precisamente, y no la sociedad, a la cual se considera soberana en referencia al castigo. Por otra parte, la referencia al aspecto voluntario del castigo es problemática. Otsuka no intenta decir que apelando a esa supuesta voluntariedad se puede administrar el castigo que a uno se le ocurra. Pero no es enteramente clara cuál es la razón a la que Otsuka podría apelar para negar esa extrapolación.

Por otra parte, tampoco resulta clara la conexión entre esta propuesta y la justificación del derecho a castigar que Otsuka ofrece en la segunda parte del libro. Otsuka adopta la teoría del castigo elaborada por Warren Quinn (1985). Aquí, la idea principal es que uno no debe pensar el derecho a amenazar con castigar como derivado del derecho a castigar. Por el contrario,

el derecho a castigar se debe pensar como derivado del derecho a amenazar con castigar. Tenemos derecho a castigar simplemente porque tenemos un derecho a amenazar con castigar, fundado en la protección que esas amenazas nos brindan contra las agresiones a nuestra vida o nuestra propiedad. Ahora, si nouviésemos el derecho a castigar, esas amenazas carecerían de toda efectividad. Este es un enfoque que, aunque no sin dificultades, merece mayor atención de la que ha recibido. En este sentido, el esfuerzo de Otsuka es bienvenido.

Contrariamente a lo que sostiene Quinn, Otsuka cree que esa misma teoría justifica castigar a una persona con el objeto de disuadir a otras (p. 61). Uno podría encontrar en Otsuka una posición más intuitiva que la del mismo Quinn. Pero esto no es sorprendente. Otsuka desarrolla sus conclusiones directamente mediante una referencia a las intuiciones del lector, en contraposición a su perspectiva con respecto a la defensa propia desarrollada también en la segunda parte. Otsuka sostiene que no es permisible matar a un inocente en defensa propia, ya sea que se trate de un “agresor” inocente o de una “amenaza” inocente (p. 67). Un agresor inocente es una persona cuya motivación es ocasionar la muerte de uno, aunque esa motivación se halla completamente fuera de su control. Tal sería el caso de una persona que ha sido intoxicada por otra. Una amenaza inocente carece de esa motivación: son meramente sus movimientos o mera presencia lo que constituye un peligro similar para la vida de uno. Tal sería el caso de una persona que ha sido empujada de un edificio, y que nos impactaría en su caída. En ambos casos, Otsuka niega que tengamos derecho a proteger nuestra vida mediante cualquier acción que termine con la vida de esas personas.

El argumento de Otsuka es convincente. Desde el punto de vista de la responsabilidad moral, la situación de esas personas no es diferente de la de un “bystander” inocente. Imaginemos que, a menos que empujemos a una persona enfrente nuestro, seremos impactados por un proyectil. En este escenario, seguramente reconoceremos que no tenemos el derecho a empujar a esa persona con el objeto de salvar nuestra propia vida. Esa persona no tiene ningún tipo de responsabilidad moral sobre la situación que enfrentamos. El hecho que su muerte sea una condición necesaria de nuestra supervivencia,

no implica que tengamos derecho a matarlo. ¿Pero cuál es la diferencia, Otsuka pregunta, con los casos de agresores y amenazas inocentes?

Otsuka presenta un claro desafío a aquellos que niegan su tesis. Discernir las implicancias prácticas de esta tesis es otra cuestión. El capítulo en cuestión está repleto de ejemplos hipotéticos altamente improbables, o directamente inverosímiles. En ciertas circunstancias, el uso de estos ejemplos está justificado. El famoso caso del Trolley, por ejemplo, donde se debe elegir entre desviar un tren y ocasionar la muerte de una persona, o dejar que el tren siga su rumbo y ocasionar la muerte de cinco personas, se puede asociar a numerosos problemas políticos, donde la violación de los derechos de algunos es necesaria para salvaguardar los derechos de los otros. Lamentablemente, Otsuka no explora la relevancia práctica de su tesis; una relevancia que difícilmente el lector considere evidente.

Legitimidad política

En la tercera y última parte del libro, Otsuka discute el problema de la legitimidad política. Otsuka sostiene que una sociedad política es legítima si y sólo si cada miembro de esa sociedad ha dado su consentimiento a la correspondiente sujeción de una manera libre, racional, e informada (p. 90). Este consentimiento, nos dice Otsuka, no puede ser meramente hipotético. Debe ser real, aunque puede ser implícito en lugar de explícito. Una común línea de argumentación, que se origina en Hume, sostiene la irrelevancia normativa de cualquier acto de consentimiento implícito motivado por los significativos costos esperados de las alternativas. Pero Otsuka aquí apela a su propia teoría de la propiedad, y piensa que esa preocupación se mitiga una vez que todos los individuos tienen un acceso asegurado a una porción igualitaria de recursos externos (p. 91).

Otsuka nos dice que su teoría de la legitimidad política es voluntarista, en el sentido de brindar a la noción de consentimiento un rol fundamental. Otsuka también sostiene, sin embargo, que aquellos individuos que decidan vivir en la compañía de otros en cualquier territorio dado de un tamaño

significativo, tienen una obligación de renunciar a sus derechos naturales debido a las supuestas dificultades que surgirían en el correspondiente estado de naturaleza (p. 93). Uno podría entonces preguntarse sobre la naturaleza del problema que la referencia al consentimiento libre, racional, e informado pretende resolver. Otsuka no es exactamente claro en este sentido. Aparentemente, el problema surge cuando consideramos que algunos individuos podrían vivir relativamente aislados del resto. Estos individuos no tienen, de acuerdo a Otsuka, ninguna obligación de renunciar al ejercicio de sus derechos pues no han elegido interactuar, o más precisamente “entremezclarse”, con otros miembros de la sociedad. Solamente mediante esa particular forma de interacción surgen los problemas que sustentan la obligación de aceptar la existencia de un monopolio sobre el uso de la violencia.

Así, el consentimiento es importante para demostrar que esos individuos que ingresan en sociedades políticas, pero que no deciden “entremezclarse” tienen una obligación de renunciar a sus derechos, si así es exigido. Pues Otsuka dice que los miembros de esa sociedad pueden impedir la compra de territorios a aquellos que no estén dispuestos a renunciar a sus derechos. Después de todo, de acuerdo a la teoría Lockean de la propiedad, los propietarios de la tierra son soberanos sobre esa tierra. Ellos pueden excluir a otros de ingresar en ese territorio, o de permitir la entrada sólo en los términos impuestos. En este sentido, los que deciden vivir en ese territorio dan su consentimiento, aunque sea implícito, y deben someterse a las reglas establecidas por los propietarios, cualesquiera sean éstas. Debido a que todos los individuos tienen el acceso a una adecuada porción de los recursos naturales, esta elección no perdería su relevancia normativa como acto de consentimiento.

Otsuka sostiene que podrían formarse diversas comunidades gobernadas por distintas reglas. Aquellos que no desean pertenecer a ninguna de las comunidades, no podrían ser forzados a pertenecer a ellas. Estos individuos, en principio, retienen su derecho Lockeano a castigar a aquellos que violen sus derechos. Sin embargo, Otsuka no reconoce que estén autorizados a ejercerlo de ninguna manera significativa. Pues los conflictos entre los independientes entre sí y entre las comunidades políticas son legítimamente manejadas por

un “cuerpo gubernamental inter-político” (p. 108). Llamativamente, la legitimidad de este cuerpo tampoco descansa en el consentimiento. Descansa, una vez más, en la mera necesidad de evitar ciertas consecuencias altamente indeseables: “*Given the disorder and chaos which would ensue in the absence of such a governing body, all individuals would legitimately be subject to its authority—even those who do not consent to it*” (p. 108).

La teoría de Otsuka no es entonces una teoría voluntarista, y esto es de acuerdo a su propia definición. Es cierto que el estado justificado por Otsuka es uno bajo el cual se garantiza un derecho de asociación casi absoluto. En este sentido, podríamos decir que se aproxima al ideal voluntarista, como Otsuka mismo reconoce. No es claro, sin embargo, por qué, una vez que admitimos la validez de las consideraciones consequentialistas, ese derecho de asociación, como otras representaciones del derecho de propiedad de uno mismo, seguirían siendo tan estrictas como el autor pretende sostener.

En esta tercera parte, Otsuka trata también el problema de la soberanía intergeneracional. La pregunta es la siguiente: ¿Por qué las leyes promulgadas por las generaciones pasadas tienen un poder sobre las generaciones presentes? De acuerdo a Otsuka, y reconstruyendo un argumento de Jefferson en una famosa carta a Madison, tal poder no está justificado, y cada generación debería tener la oportunidad de rectificar o derogar las leyes promulgadas por generaciones anteriores (p. 136). Es posible que el lector encuentre esta discusión bastante peculiar si comparte las premisas Lockeanas que el autor dice sostener. El problema de la soberanía intergeneracional ciertamente podría surgir si consideramos a la mayoría como fuente de legitimidad, y a la justicia como un producto más que como una restricción de la deliberación democrática. Si creemos, por el contrario, que los individuos tienen ciertos derechos fundamentales, y que la única área legítima para el uso de la coerción estatal es la protección de esos derechos, no nos importará demasiado quién promulgó la ley, sino qué es lo que la ley indica. Es cierto que existen leyes que no tienen una relación directa con las demandas de la moral. Pero, justamente por esa razón, su importancia es sólo marginal.

BIBLIOGRAFÍA

- Cohen, Gerald A. (1995): *Self-Ownership, Freedom, and Equality*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Dworkin, Ronald (2000), *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Jedenheim-Edling, Magnus (2005): "The Compatibility of Effective Self-Ownership and Joint World Ownership," *Journal of Political Philosophy* 13, pp. 284-294.
- Kirzner, Israel M. (1989): *Discovery, Capitalism, and Distributive Justice*, New York: Basil Blackwell.
- Locke, John (1960): *Second Treatise of Government*.
- Lomasky, Loren (1987): *Persons, Rights, and the Moral Community*, Oxford: Oxford University Press.
- Miller, Fred D. Jr (1982): "The Natural Right to Private Property," in Tibor Machan (ed.) (1982), Totowa: Rowan and Littlefield, pp. 275-287.
- Nozick, Robert (1974): *Anarchy, State, and Utopia*, New York: Basic Books.
- Otsuka, Michael (2003): *Libertarianism without Inequality*, Oxford: Oxford University Press.
- Quinn, Warren (1985): "The Right to Threaten and the Right to Punish," *Philosophy and Public Affairs* 14, pp. 327-373.
- Rothbard, Murray (1998): *The Ethics of Liberty*, New York: New York University Press.
- Schmidtz, David (2006): *Elements of Justice*, Cambridge: Cambridge University Press.

WILHELM RÖPKE, THE DEPRESSION, AND THE 2008 CRISIS: REFLECTIONS FROM THE PAST, LESSONS FOR TODAY*

*Samuel Gregg***

Introduction

Thank you. It is good to be here with you at ESADE today. My subject today is “Wilhelm Röpke, The Depression, and the 2008 Financial Crisis: Reflections from the Past, Lessons for Today.” When it became evident that the financial crisis that began engulfing the world in 2008 was going to precipitate a severe global recession, many people began looking back to the Depression as a point of comparison. Many expressed relief that the Chairman of the Federal Reserve, Ben Bernanke, had done extensive research on the Great Depression as part of his doctoral work.

The persistence and extent of the Depression spawned much frantic activity by economists and politicians in the 1930s as they sought solutions to a downturn that left millions unemployed and susceptible to the populists of the extreme left and extreme right. Some viewed the Depression as confirming Marx’s theory that capitalism would eventually implode. Others insisted that preserving political liberty in these conditions required radical curtailments of economic freedom.

The Depression also stimulated discussion about whether it was possible to proactively address the fluctuations of investment, growth, employment, and consumption that occurred in business cycles. Active contra-cyclical policies designed to smooth the boom-bust rollercoaster are usually associated

* Lecture given at ESEADE, March 16th, 2010.

** MA in Political Philosophy (University of Melbourne). Doctor of Philosophy in Moral Philosophy (University of Oxford). Author of the book *The Commercial Society* (Templeton Enterprise Award, 2007). Director of Research at the Acton Institute. Adjunct Professor at the Pontifical Lateran University. Email: sgregg@acton.org

with John Maynard Keynes. Hence it is not surprising that many contemporary scholars and policy-makers have suddenly become very interested in Lord Keynes's work over the past three years.

There were, however, other economists writing in the 1930s who took a different view to Keynes. These included the Austrian economists, Ludwig von Mises and Friedrich von Hayek, both of whom were skeptical of the efficacy of government intervention to address the Depression. Somewhat less well-known, however, are the reflections of another German-speaking economist, Wilhelm Röpke.

Röpke's writings, which number over 800 books and articles in multiple languages, embrace subjects ranging from philosophy and economics to the shape and form of the international economy. Today Röpke is remembered for many things. These include his effort to develop the moral case for the market economy that went beyond typical classical liberal formulations. He is also remembered for his major role in the establishment of the Mont Pèlerin Society in 1947. Röpke is, however, perhaps known for his decisive intellectual contributions to Ludwig Erhard's liberalization of West Germany's economy in 1948.

Less well-known, however, is that much of Röpke's thought in the 1930s was consumed by the effort to understand and overcome the Depression. Indeed, Röpke was writing about business cycles long before the 1929 Crash. His 1922 *habilitation* dissertation, for example, addressed the economics of business-cycles. He subsequently published several long studies on the subject. Röpke's work in this area was further stimulated in 1930 and 1931 when he served on a government inquiry chaired by former employment Minister Heinrich Brauns into measures to reduce Germany's catastrophic unemployment levels. Though willing to defend the Commission's work in public, Röpke was shocked when Brauns stated that the causes of unemployment were outside the Commission's terms of reference. How, Röpke wondered, could one seriously propose solutions if there was no discussion of causes?

In many respects, Röpke's 1936 book *Crises and Cycles* represents the culmination of his reflection on these matters. It elaborated upon his 1932

book *Krise und Konjunkter* which itself had been expanded in a subsequent Swedish translation in 1934. As late as 1944, Röpke's writings still contained extended reflection on the Depression's causes and potential solutions.

Röpke's contributions to business cycle theory and his reflections about how to address severe economic downturns are analyzed in detail in Chapter 5 of my new book, *Wilhelm Röpke's Political Economy*. So today I will limit myself to doing three things. First, I want to examine Röpke's thoughts about the Depression's causes. Second I want to examine his proposed solutions. Third, and far more briefly, I want to examine what insights Röpke offers us today for addressing the 2008 financial crisis and subsequent recession.

The Depression and its Causes

In 1924, Röpke was appointed professor of economics at the University of Jena. He was 24 years old –the youngest professor ever appointed in Germany. His intellectual abilities and his early success as an economist soon brought him to the attention of German politicians seeking to stabilize Weimar Germany as its foundations were subject to relentless attrition from the Communist-left and the nationalist-right.

When it came to understanding the Depression's causes, Röpke did not limit himself to purely economic analyses. It was a mistake, he believed, for economists to examine the Depression purely as an immediate economic event. In his view, understanding the Depression's causes required historical perspective. In *Crises and Cycles*, Röpke presents the Depression as the logical culmination of business-cycle crises in modern Western economies which had become graver and graver since the 1870s. Governments had responded to each crisis, he argued, with measures such as tariffs, monopolies and subsidies. Such policies, alongside wage-increases secured by trade unions but unmatched by productivity increases, had diminished Western economies' ability to adapt. Hence each successive crisis became more and more serious.

These systematic causes, Röpke insisted, was further worsened by the sheer amount of economic destruction caused by the First World War – perhaps the most significant being the effective end of the gold standard. He also argued that the extension of government control over the economy which is inevitable in war-time introduced new inflexibilities into the global economy and national economies that made the natural turn of the business cycle more difficult and more painful each time.

When it came to more proximate causes of the Depression, Röpke listed an unusually severe agricultural downturn, as well as the acceleration of protectionist and interventionist measures in Europe and the United States after World War I. But he also argued that the Depression was worsened by the crisis on money and capital markets that began unfolding in 1929. This had been precipitated, he argued, by the extraordinary and ultimately unsustainable American stock-market fuelled boom between 1925 and 1929. Though Röpke did not believe in psychological theories of the business cycle, he did argue that there was an element of what we would call today “irrational exuberance” in stock exchange investment. This, he stated, provided the immediate trigger for an economic downturn of unprecedented severity.

But, Röpke noted, there was also an economic reality beneath the frantic investment of the 1920s that had produced such a devastating collapse. And this fundamental reality, Röpke argued, was “the overinvestment... caused by credit expansion” –most notably by the Banque de France and the Bank of England as well as Germany’s enormous capital imports in the interwar period.

Typically, Röpke wrote, economic upswings are financially sustained primarily through “increased savings during the boom period and, above all... credit expansion”. This “credit creation”, he argues, eventually results in what Röpke calls a *monetary over-capitalization* which disturbs the economy’s equilibrium. “The evil”, Röpke wrote, “is not that too little has been saved but that too much has been invested”.

Röpke’s analysis of the Depression’s causes is very similar to what we find in the work of other free market economists of the period. But Röpke also devoted time to explaining why the downturn of this particular business

cycle resulted in a recession so severe that the slump could no longer be designated as simply a reaction to the boom. In Röpke's view, economic downswings can grow to dimensions disproportionate to the preceding boom. In this instance, the economic correction degenerates into he called a "secondary depression". While the secondary depression is marked by falling prices and shrinkages in the volume of currency, Röpke argues that these elements are driven by the contraction of total demand—especially as expressed in the contraction of credit money. Contraction of total demand is connected to the contraction of incomes. This results in a general contraction of production that in turn contributes to the contraction of demand and incomes. A vicious cycle of economic decline thus takes hold.

This vicious cycle was self-maintaining, Röpke notes, "and constantly interferes with the attainment of a new equilibrium" because of two lags. The first is the lag in the contraction of production behind the fall of prices. The second is in the contraction of costs behind falling prices. Thus two disproportions are maintained in place: one is between supply and demand; the other is between costs and prices. This creates disharmony between the formation of incomes and the process of utilizing incomes. Money is withheld from expenditure on consumption goods. But no compensation for this non-spending takes place in the form of investments in capital goods. Thus the rate of savings remains continuously greater than the rate of investment. Stagnation thus occurs because the reserves of productive resources, savings, and cost-reductions are not accessed for new investment.

In these conditions, Röpke suggests, not even injecting additional credit into the economy seemed to have an effect. Drawing upon the American experience, Röpke contends that the banking system's willingness to give new credit is insufficient in these circumstances to facilitate a credit expansion. Entrepreneurs need to be *willing* to take these new credits. It is difficult to persuade entrepreneurs to do this in a secondary depression. The depressed stock market and the lack of any sign of recovery indicate to entrepreneurs that neither banks nor the public are interested in long-term investments. Entrepreneurs wanting to make long-term investments are reluctant to rely on short-term funds. Hence economic recovery is stalled.

Out of Depression

Let us turn now to the more controversial subject of how Röpke believed economies could escape the Depression. Normally, Röpke argued, recessions should largely be endured because they should be primarily understood as a process of correction. The best thing governments could do was to allow the economy to adjust in as frictionless a manner as possible. In Röpke's view, this mostly involved governments undertaking a subsidiary role. They could, for example, establish legal frameworks to make business and factory closures more efficient and orderly. He also thought that laws encouraging futures-trading could assist businesses in navigating business cycles. In his more mature schema, Röpke held that governments could accelerate the recovery from the downturn through removing obstacles to recovery, especially those obstacles created by state-intervention.

Röpke adds, however, that there may be scope for actions such as unemployment relief or supporting major banks on the verge of failure. He insists, however, that these should be regarded as palliative measures rather than part of an active business-cycle policy. Röpke also cautions that some of the palliative measures may actually introduce new frictions into the recovery process.

When it came, however, to addressing secondary depressions, Röpke was heavily influenced by the fact that Germany's 1929 economic crisis, and mistakes made by Germany's political leadership in addressing it, helped facilitate the Nazis' rise to power. Escalating unemployment propelled large numbers of desperate people into the Communist and National Socialist movements. While Röpke saw drawbacks to intervention during a recession as severe as the Depression, by 1931 he was convinced that if no proactive measures were taken, anti-market sentiment would become so widespread that "Liberalism – or the remnants of it which still exist – will disappear into the museum".

In short, by 1931, Röpke considered it politically unwise to simply let the business cycle associated with the Depression take its course. Some government intervention was necessary because of the immediate political consequences for Germany of failure to act. Röpke's ideas here were clarified

by his experience of serving on the Brauns Commission. Reflecting on these circumstances ten years later, Röpke wrote:

a fatal vicious cycle had arisen which ought to be broken at all costs by bold and energetic measures of business-cycle policy, so that together with the economic crisis *the political situation could be controlled*. We realized that we had to deal with an emergency with which it would no longer be possible to cope on the familiar orthodox lines of the accepted business-cycle policy and that an “active business-cycle policy” would have to be embarked upon. ... I can remember very well that evening when the basic idea of this business-cycle policy became clear to us, but we all immediately agreed that it was dynamite which we were handling and that it ought not to be allowed to fall into the wrong hands.

Röpke’s caution expressed in that last sentence may reflect his awareness of the potential mischief that might result from policy-makers deciding that it was possible not just to alleviate but actually to control business cycles. He was disturbed that many politicians and economists were increasingly willing to promote extensive interventionism. He was also perturbed by the fact that most schemas for intervention contained no guiding set of principles that limited the scale of intervention and allowed policymakers to distinguish between helpful and disruptive interventions.

Moreover, Röpke had only modest expectations of attempts to intervene. Any direct interference with the structure of production, costs and prices, he stated, is normally a dubious exercise. This was why, Röpke argued, socialist solutions failed because socialist economies lack mechanisms that alert people to the need to end unsound investments. The subsequent persistence of these poor investments results in economic downturns and increasing unemployment.

Röpke’s overall approach to the Depression distinguished between measures that actively addressed secondary depressions; and those measures that sought to relieve the symptoms. Concerning active measures, Röpke articulates an alternative to what he called the “restrictionist” approach and

the “expansionist” approach. Restrictionists, Röpke states, insist that the process of liquidation and adjustment should be allowed to take its course. This means nothing should be allowed to obstruct the adaptation of the whole structure or prices and costs to the lower economic level. Expansionists, by contrast, believe that secondary depressions contain their own vicious cycle that undermines the economy’s ability to recover equilibrium. Proactive measures by the state must therefore be taken to break out of these conditions since the private sector appears unable to do so.

In 1936, Röpke stated that restrictionists were right in their diagnosis of the primary crisis and in insisting that the economy be cleared of obstacles to growth such as subsidies, monopolies, and tariffs. They were also correct to observe that wage and labor market inflexibilities must be addressed. He slightly qualifies this by suggesting that further lowering wages during the secondary depression’s low point is unlikely to have much effect, except further decreasing demand just when it needs to grow.

Röpke subsequently calls for using the state to re-expand the economy in secondary depressions, but without interfering with the market’s competitive processes. He called this “conformable” business-cycle policy. Interestingly Röpke outlines a rather minimal picture of what such measures might entail, and underlined the drawbacks of these policies. In certain instances, Röpke argues, such policies could involve the state stimulating private initiative via a “cheap money policy” and offering special incentives for new investments, such as tax-exemptions.

If these measures of stimulating the private sector failed, Röpke contemplated—as a last resort—direct public initiatives that involve enlarging the volume of credit, thereby compensating for the private sector’s rigid immobility. One method was to borrow while simultaneously running a public sector budget-deficit by reducing taxes. The other was to borrow money to fund large public works. Röpke favored the first approach because it expanded credit via state borrowing while also creating incentives for private business to recommence borrowing. It also represented the least departure from the market’s normal ways and was thus likely to dampen expectations that a “new economy” was being created.

Röpke, however, found it difficult to suppress his reservations about such measures. Budget-deficits and increases in public indebtedness were not, he commented, normally to be encouraged. They should only be employed in extraordinary circumstances; that is, when doing nothing is not feasible and then only for short periods of time. Röpke worried that what would otherwise be defined as reckless government spending might become viewed as normal. Röpke is even more dubious about public works programs. These normally required creating new and difficult-to-dismantle administrative bureaucracies. Public works, he noted, also take time to implement and the impact of any positive effects takes even longer.

Röpke's persistent worries about governments attempting to re-ignite the business cycle become even more apparent in his treatment of the "palliative measures" that governments might undertake to mitigate the secondary depression's social impact. He viewed unemployment relief as a matter of "political common sense" insofar as it may help prevent sudden breakdowns in social order. But, he notes, it "has the drawback of making the wage system more rigid". Such benefits, Röpke cautions, should not be so high that they discourage people from wanting to work for reasonable wages. While other measures such as productive relief works had some potential to address the secondary depression's psychological effects, Röpke underlined their economic ineffectiveness and high costs.

Then there are those palliative measures Röpke considers without any redeeming features. Suppressing "unwarranted double earning", he commented, is an especially futile exercise. It falsely assumes that we can define what constitutes "double-earning" and would require a bureaucracy to control the distribution of labor. Nor does Röpke have any time for what he called labor nationalism—the notion that foreign workers withhold a job from native workers— and tight immigration restrictions. Such policies, he said, ignore the fact that immigrants are often enterprising and energetic workers and a source of specialist skills lacking in many economies. Labor nationalism also implies a zero-sum outlook regarding employment insofar it accepts work shortages as a static situation. Lastly labor nationalist policies effectively deny that "the interchange of men is not the least part of our

complicated economic system, to say nothing of its spiritual implications”. Here Röpke may be referring to Nazi Germany’s racially-oriented employment policies, which involved expelling Jews from most professions.

Second Thoughts

Though Röpke did not change his mind concerning the nature and causes of business cycles, his repeatedly-stated cautions about using the state to combat downturns soon deepened into profound skepticism. He appears to have concluded that most anti-cyclical measures actually generate more uncertainty by artificially prolonging booms, thereby making an inevitable downturn more painful. Such policies, he wrote, rarely addressed the critical problem of poor investments. Röpke regretted that some of his early work on these matters could be interpreted as supporting the postwar tendency to use the state to pump-prime the economy. “I am ashamed”, he wrote, “to say that I must take my share of the blame for creating this concept of ‘functional finance’... but I am forced to admit now that it has stood the test neither of counter-argumentation nor of experience”. In short, Röpke concluded, severe recessions owe much to the state previously pump-priming the economy, thereby breaking the link between the level of voluntary private savings and investment.

Here Röpke’s position drew closer to the Austrian analysis of the business cycle. For Mises, the very practice of fractional-reserve banking overseen by a central bank inevitably gave rise to the creation of money –or, more precisely, fiduciary media– not backed by real savings. This results in artificial growth in the money-supply. As Jesus Huerta de Soto notes, “loans are created *ex nihilo* at artificially reduced interest rates, it inevitably causes an artificial unsustainable ‘lengthening’ of productive processes, which thus tend to become excessively capital intensive”. The inflationary process created by credit expansion thus eventually provokes an economic crisis which reveals the investment errors alongside the necessity of liquidating and reallocating all the wrongly-invested resources.

Röpke's thinking was also affected by the failure of Roosevelt's New Deal to reignite the American economy. According to Röpke, "it turned out that the original calculation that the Government's boost of purchasing power would set off the private investment drive that was due, was wrong. Every time the Government's injections were withheld, it was as if there was no private initiative which could take the place of public initiative". America's choice, it seemed, was now between wholesale economic collectivization or liberating business so that it could react to the business cycle's normal stimuli. In the end, the indecision was only overcome when America adopted a war economy in 1941 and an armaments boom ensued.

Röpke was also perturbed at how active business-cycle measures were increasingly used for ends other than escaping severe recessions. They should not, he emphasized be "misemployed for the neck-breaking attempt to keep the boom inflated for ever". This was very much a critique of Keynes. Here we should note that Röpke was not adopting an entirely restrictionist position. He did not favor completely abandoning active business-cycle policies altogether. But any "pump-priming", Röpke reiterated, should be guided by three conditions: first, it must not diminish the capital from other investments; second, the objects of public investment must be chosen and policy managed so as to avoid all unfavorable repercussions to private investment; third, it must not be combined with measures that increase costs, especially wages. Most interwar active business-cycle policies aimed at combating the Depression, Röpke argued, had failed because these cautions had been ignored. Instead "only an artificially continued prosperity developed which was bound to come to an end the moment the state injections of purchasing power upon which it depended, ceased". Bad investments had driven out good investments, meaning that governments were not only bound to keep injecting purchasing power, but to increase them. Such, Röpke wrote, was "the slippery slope of collectivism".

Lessons for Today

Having considered, then, Röpke's analysis of the Depression's causes and his thinking about how to address it, I will now briefly consider what lessons we might glean from his work that might be useful for understanding our present circumstances and how we might escape them more quickly. To this end, I have identified 5 lessons.

The first lesson is that we need to establish whether the 2008 financial meltdown qualifies as what Röpke would describe as a "secondary depression", or whether it represents part of the normal cycle of economic growth and contraction which has been with us in intensified form since the mid-19th century. This is not merely an academic question. Röpke's willingness to contemplate certain forms of limited intervention in times of secondary depression was clearly driven by his fears concerning the success of Communists and fascists in capitalizing on these circumstances. In retrospect, it seems fair to say that the circumstances of the late 1920s and 1930s made such an exercise almost inevitable. One of Röpke's closest intellectual collaborators and founder of the *ordo-liberal* school of economics, Walter Eucken, later recalled that in 1931 he reversed his position in favor of a deflationary policy and specifically advised the German government to adopt measures such as credit-expansion and lowering interest-rates. His reason for doing so was not economic. It was political. Given the reality of five million angry unemployed German men, the alternative, Eucken said, was "the end of the Republic".

Even Mises, in retrospect, recognized that the political dynamics of the time made such policy-shifts unavoidable. As Mises later remarked:

We may admit that for the British and American governments in the thirties no way was left other than that of currency devaluation, inflation and credit expansion, unbalanced budgets and deficit spending. Governments cannot free themselves from the pressure of public opinion.

Mises believed, however, that government officials should resign rather than carry out such policies.

So, does the 2008 financial crisis qualify as a secondary depression? Are economies around the world locked into a spiral of collapse, or trapped in a situation whereby the purchasing power of money and capital is sterilized? I think we can say that, at this point, there are few economies in this situation. Growth has returned throughout most of the world in a way that it did not after the Depression. There is high unemployment in many countries, but nothing like the 23% unemployment we saw in America for much of the 1930s. To this extent, I suspect Röpke would regard the 2008 financial crisis as serious but not so serious as to merit the interventions he advocated in the 1930s to address secondary depressions.

A second lesson from Röpke's work is that measures that involve pump-priming economies during recessions are usually ineffective –not just in the long term, but also in the medium term. As far as I can tell, Röpke was one of the first economists of international repute to observe that the various interventionist measures adopted in the 1930s had failed. In 1939, for example, Röpke pointed out that the Nazis' pump-priming of the German economy throughout the 1930s had not resolved its fundamental problems. In short, sooner or later, one either has to allow the corrections to occur, or one has to keep on pump-priming the economy –something that will eventually result in high inflation and high unemployment, or extensive curtailments of economic liberty. The National Socialists chose the second course of action as early as 1934.

A third lesson from Röpke is that we should think long and hard before we allow governments to embark upon particular forms of intervention. Röpke noted, for example, how calls for temporary intervention eventually morphed into economists such as Keynes and politicians such as Roosevelt imagining that they could somehow abolish the boom-bust cycle through governments skillfully managing the economy. And is that not exactly what we see today? Extensive interventions into the American and West European economies are already morphing into arguments that the State needs to take an even bigger, permanent role in the economy. We also see little sign of governments being willing to retract their new interventions once the financial crisis and subsequent recession is over.

The fourth lesson from Röpke's analysis of the Depression and proposed solutions is that perhaps the most important thing for governments to do in recessions is to remove as quickly as possible all impediments to a faster recovery. In this regard, Röpke insisted that we should distinguish between economic and political problems. The downward spiral of the secondary depression, in his view, was an economic problem. He took a quite different view of the issue of wage stickiness. As you all know, Keynes insisted that the phenomena of wages not falling during a recession had discredited previous theories about the market economy's ability to self-adjust to downturns. Wages, Keynes argued, did not fall. Therefore high unemployment persisted. This meant, Keynes stated, that the connection between wages and employment levels need to be somehow circumvented.

Röpke disagreed. He insisted that wage stickiness was not an economic problem. Wage stickiness, Röpke stated, proceeded from, first, the refusal of powerful unions to entertain wage cuts, and, second, many governments' unwillingness to confront unions who adopted intransigent positions on wage reductions. In Röpke's view, Keynes's error was his refusal to acknowledge that the cause of wage stickiness was primarily political rather than economic. In Röpke's view, all of us should have the intellectual courage and honesty to point out the difference between essentially political and essentially economic problems—not least because it is necessary if we are to formulate sound policy responses.

The fifth and last lesson that I think we can draw from Röpke's analysis is that a primary cause of recessions—mild or severe—is to be found in the realm of monetary policy. It is difficult at the best of times for central banks to calibrate interest rates to stimulate or restrain an economy. Over-investment in any number of economic sectors—such as the American housing industry or mortgage-based securities—remains as big a problem today as it was in the 1930s. The severity of a recession depends very much upon the extent to which this over-extension of credit has occurred, how long it takes to unwind, how much collateral damage occurs in the process, and the attitude that governments choose to take towards this. Röpke reminds us that until investment is more backed up by real savings rather than an expansion of fiduciary media, we can expect to relive the same problems on a regular basis.

Conclusion

So to conclude: when I was researching my book on Röpke I was especially struck by the similarities between what he understood to be the political and economic problems underlying the Depression and our present situation. Indeed, it initially made me wonder whether we have really advanced in our knowledge of the causes of recessions, both mild and severe. But then I came to a more depressing conclusion. We actually know a great deal about the causes of recessions, but we are reluctant to take the long-term steps that would significantly diminish their scope and impact.

As Röpke himself observed, part of the problem is that people want mutually-exclusive things. If people want to combat the boom-bust cycle, they have to decide if they are willing to reduce the acceleration of economic development that occurs during booms through the expansion of credit money. Do they prefer steadier but slower growth, or irregular bursts of frantic economic energy? Booms allow tremendous economic progress, but contractions bring with them considerable evils, especially unemployment's damaging social effects. Part of the difficulty, Röpke wrote (in almost exasperated tones), is that people want the boom's benefits without the inevitable "bitter medicine" of contractions. This, Röpke noted, makes the economist's task "extremely thankless".

This was not, however, Röpke argued, a reason to cease making the argument. On the contrary it is a reason to keep on arguing. As Röpke later wrote, his views on the Depression's causes and potential solutions had "meant speaking against most of the groups and policies that prevailed in the field of economics between the wars". But taking such stands was, Röpke believed, the intellectual's non-negotiable moral responsibility. "Society", he wrote, "is in supreme danger if the [intellectuals] remain dumb, if... from fear or confusion [they] commit the treachery of silence, or what is the worst of all, when they speak against their inward and better conviction". This exhortation to moral courage and intellectual honesty might well be the most important lesson that Röpke has to bequeath to us today. Thank you.

UNA VISIÓN SESGADA DE RACIONALIDAD FRENA EL PROGRESO DE LA CIENCIA ECONÓMICA

*Jesús M. Zaratiegui**

Resumen: En la ciencia económica, eficiencia y equidad parecen ser valores irreconciliables. Más aún, el uso indiscriminado de la racionalidad estratégica ha dado demasiada ventaja a la primera. De este modo, nos vemos abocados a una alternativa perversa: ser científicos (ciencia económica) o político-normativos (otras ciencias sociales). Opino que no hay un único equilibrio en la vida social: diferentes lenguajes científicos pueden convivir y beneficiarse mutuamente del diálogo entre ellos.

Abstract: In Economics, efficiency and equity seem to be opposite values. But the abusive use of the concept of strategic rationality has given the upper hand to the first. So, we are forced to a perverse choice: to be scientific (Economics) or to be political-normative (other social sciences). I posit that there is not a single equilibrium in social life: different scientific languages can coexist and engage in mutually beneficial dialogues.

Introducción

En las últimas décadas la ciencia económica ha entrado en un período de estancamiento, especialmente en Macroeconomía. Nuestra disciplina parece sentirse cómoda en su papel de apoyo al *status quo*. Los economistas hemos dejado de plantearnos cuestiones nuevas, como hicieron Adam Smith o Alfred Marshall. Los ricos debates que tuvieron lugar en los años setenta son cosa del pasado,

* Licenciado en Historia Contemporánea y Doctor en Economía (Universidad de Navarra). Profesor Titular de Historia e Instituciones Económicas, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Universidad de Navarra. Email: jmzarati@unav.es

y se ha instalado un cierto escepticismo acerca de las posibilidades reales de un progreso de nuevas ideas capaz de provocar una revolución *à la* Keynes. En el trabajo empírico se ha impuesto la tendencia a analizar sólo las cuestiones que pueden ser abordadas mediante herramientas econométricas. En la profesión tiene más prestigio la investigación que sólo incidentalmente se ocupa de los hechos reales del mundo. Pero la crisis mundial iniciada en 2008 ha hecho saltar por los aires muchas certezas, permitiendo un diálogo crítico entre los economistas y otros científicos sociales.

Como señala Reder (1999: 21, 142-6), la prueba de fuego de un acercamiento racional al mundo es la capacidad de predicción y control, pero no cualquier tipo de predicción: hemos de excluir aquella sin relación a una ley, que no puede ser considerada científica, como la predicción del tiempo: las características de esa tarea son similares a aquellas asociadas con la predicción de las condiciones del mundo económico. Pero seguramente este ejemplo no sirve porque la mayor parte del trabajo empírico en nuestra ciencia busca dar explicaciones convincentes de lo que ya pasó. Debemos reconocer que la conducta humana, aunque esté guiada por objetivos, es esencialmente no impredecible (Keita: 1992: 83). Esta limitación puede entenderse si nos fijamos en que la naturaleza de los fundamentos axiomáticos de la Economía (su anclaje al postulado de la racionalidad) ha comprometido seriamente las pretensiones científicas de nuestra ciencia.

Así se pone de manifiesto la importancia del concepto de racionalidad que se usa en la interpretación de las experiencias humanas, en cuestiones de interés epistemológico como la naturaleza de la investigación científica en Economía o el papel de la ética en nuestras elecciones (Keita: 1992: 94). La cuestión aparece porque encontramos diversas definiciones de racionalidad, a veces mutuamente discordantes entre sí (Schnädelbach, 1984). Estudios recientes etnológicos han arrojado dudas acerca del mínimo exigible a las distintas culturas para poder otorgarles la calificación de racionales. Incluso dentro de la filosofía de las ciencias se ha llegado a un punto crítico con el desarrollo de la teoría histórica de la ciencia y de los movimientos políticos: se considera imposible un concepto general y unificado de racionalidad.

Por esta razón otras ciencias sociales abandonaron a comienzos del siglo XX la racionalidad como axioma y piedra angular de su desarrollo posterior. Sin embargo, la Economía se aferró a lo que llamo *racionalidad estratégica*, aquella que intenta mantener la neutralidad respecto a valores, objetivos y fines. Como esas ciencias advirtieron ya hace tiempo, esto parece difícil de mantener, ya que las acciones de observar, recoger datos y calcular están cargadas de valores (y de juicios de valor).

En este artículo intento mostrar que el postulado central de racionalidad del que se deriva la estructura axiomática de la economía neoclásica no puede ser considerado científico. Se ofrece una explicación alternativa de por qué y cómo nos hemos metido en este camino sin salida. Este concepto sesgado de racionalidad estaría frenando el adecuado progreso de la ciencia económica, racionalidad que sería una hipertrofia del espíritu de investigación racional, y reflejaría bastante bien el punto de vista que la Economía toma en su análisis del mundo.

Un callejón sin salida

Kristol (1981: 203) apunta que esta crisis se ha ido incubando al mismo tiempo que aumentaban las pretensiones científicas de la ciencia económica a lo largo de las últimas décadas. Sería resultado de lo que Hayek llama *cientifismo*, la creencia de que se puede alcanzar un entendimiento comprensivo de todos los asuntos humanos usando el mismo método, y con el mismo grado de éxito, que el de las ciencias de la naturaleza. La racionalidad económica queda reducida a la maximización de una función de utilidad o de los beneficios, y esto es claramente un caso de medios / fines o racionalidad instrumental.

El cuestionamiento del concepto de racionalidad neoclásico hizo que la Economía viera reducido su nivel de aceptación, especialmente en los países anglosajones, en los primeros años del siglo XX (Bell, 1981: 58). Fue catalogada negativamente como académica, teórica, abstracta y a-histórica. Los economistas empíricos tuvieron muchas dificultades para establecer la

conexión entre esta imagen abstracta y el mundo real. Esto ocurría al mismo tiempo que otras ciencias sociales abandonaban la racionalidad como axioma incontestable.

Las cosas habían cambiado en los años cuarenta, cuando una revolución metodológica llevó a a creer que la Economía se convertiría finalmente en una ciencia de verdad, no en campo de entretenimiento para académicos. Matemáticas, estadística y modelos teóricos eran la punta de lanza de este nuevo enfoque del que se esperaba mayor capacidad predictiva y políticas económicas científicamente contrastadas. La matemática siguió ahí pero el optimismo se esfumó: la claridad y la certeza, por no mencionar la apreciación pública, aún son esquivas a nuestra disciplina.

De nuevo se volvió a cuestionar los postulados básicos de la economía neoclásica, sobre todo respecto al modelo de equilibrio competitivo y los supuestos acerca de la conducta de individuos, empresas y gobiernos (es decir, la maximización de la utilidad). La pregunta no es tanto si hay una crisis *en* la teoría económica sino si se trata de una crisis *de* la misma teoría económica. Ésta se halla en revisión, y no ha podido resolver adecuadamente sus problemas a causa de la dominación de lo que Lavoie (2000: 20-1) llama supuestos filosóficos *modernistas*. Este modernismo distorsiona la Economía impidiéndole convertirse en la disciplina culturalmente relevante que podría ser, y el adiestramiento modernista de los economistas suele dejarles mal equipados para el estudio del mundo real.

Esta desviación moderna de nuestra disciplina ha tomado la forma de formalismo cuantitativo, con una excesiva dependencia de las técnicas matemáticas. Los que sobresalen en la profesión (medido en las revistas de alto índice de impacto) son aquellos que dominan las técnicas econométricas y de economía matemática (Klamer; Colander, 1987: 95). Hasta los años '50 sólo una pequeña proporción de los investigadores se inclinaba por la estadística aplicada a la Economía. Pero ahora parece que la única cualidad reconocida es la capacidad para refinar los modelos econométricos. Esta dependencia de las revistas hace que la primera condición de todo estudio empírico respetable sea asegurar que tiene los datos estadísticos suficientes para extraer de ellos conclusiones generalizables.

Usando ese concepto de racionalidad la ciencia económica se las arregla para obtener principios que la estructuran como pseudo-ciencia. Pero ha provocado críticas y propuestas de enfoques alternativos para nuestra disciplina: por ejemplo, la Economía Evolutiva, que no se centra tanto en el concepto de eficiencia como en las ideas de innovación y adaptación (que es lo que produce el progreso en la ciencia económica); también la racionalidad limitada de H. Simon, la escuela austríaca, los institucionalistas, y los seguidores de la *Retórica de la Economía* de McCloskey. Todos ellos critican a los economistas que siguen apegados a la hipótesis de racionalidad y les invitan a abandonarla, al menos en ciertos contextos.

Yo también creo que es un error llevar demasiado lejos el axioma de la racionalidad en los individuos. Muchos economistas separan Economía y Sociología sobre la base de si la conducta parece racional o irracional, definiendo ambos términos en la penumbra de la teoría de la utilidad. Se identifica utilidad con egoísmo o propio interés, y se define la racionalidad como consistencia, es decir, con que las preferencias sean transitivas (Bell, 1981: 70). El meollo del asunto está en si la antítesis de racional es irracional en vez de no racional, y si las motivaciones no racionales pueden o no suministrar una base sólida para entender la conducta económica.

R. H. Frank (1988: 85, 146) ofrece también sus objeciones a la hipótesis de racionalidad y anota que los individuos obtienen satisfacción personal comportándose de un modo socialmente aceptado, incluso cuando su conducta no es observada por otros. Así, las contribuciones a causas benéficas se producen incluso cuando la omisión pasa inadvertida; y la gente se toma su trabajo para ir a votar aunque sabe que la probabilidad de que su voto influya de forma decisiva en el resultado final es casi nula. Es justamente este pluralismo axiológico el que es esencialmente imposible de medir.

Sin embargo, como cada escuela económica se esfuerza en definir sus propias cualidades y marcar sus diferencias con las otras, no se llega a producir el diálogo entre opciones teóricas alternativas; y no es porque falten las ideas con potencial de convertirse en germen de nuevos paradigmas. Por eso, el único enfoque constructivo es el que trata de descubrir las

similitudes entre las alternativas propuestas, no sus diferencias. Pero el escasísimo grado de apoyo que reciben los críticos de la racionalidad desde dentro de la propia profesión, refleja la predisposición entre los economistas a minimizar los compromisos psicológicos que acarrea la teoría económica (Reder, 1999: 126, 129). Lo que unifica a los anti-racionalistas es su oposición al Paradigma de la Asignación de Recursos como *exclusiva* fuente de explicación de la conducta humana y como una guía a sus mejoras.

Los evidentes dilemas teóricos creados por el modelo determinista clásico del Paradigma como un omnisciente calculador (el *Panopthicon* de B. Bentham), ha llevado a algunos teóricos a proponer teorías alternativas de la toma racional de decisiones, más compatibles con los procesos reales de tomas de decisión individual. Como ya se dijo, hay indicios de que se está formando una subcultura científica alrededor de la idea de que el proceso de elección racional implica distanciarse de la racionalidad estratégica.

El nuevo enfoque holista

Una cuestión previa es preguntarse qué relevancia tiene la discusión que venimos desarrollando sobre el papel del postulado de la racionalidad en la teoría económica. Tiene que ver con el hecho de que mucha gente cree que las teorías económicas están libres de juicios de valor y, por tanto, pueden ser validadas científicamente sin tener que considerar las opiniones éticas sobre las que las personas tienen opiniones diversas, opinión reforzada por los economistas que subestiman la misma idea de una objetividad libre de valores (Tiemstra, 1998: 48-9). En este escenario, los valores sólo tienen sitio cuando hablamos de elegir entre varios objetivos alcanzables; la relación funcional que en el sistema económico engarza medios y fines como causa y efecto, sería neutral respecto a los valores (que tampoco estarían sujetos a validación). La mayoría de los economistas están de acuerdo con el slogan atribuido al filósofo W. Dilthey: las ciencias explican, las humanidades entienden. Pero lo que acaba sucediendo es que uno no es capaz de entender lo que supuestamente está explicando, y el otro de

explicar lo que cree entender (Lavoie, 2000: 36). Ambos se presentan apelando a sus fines opuestos: encontrar leyes universales o identificar diferencias aisladas.

Las ciencias sociales libres de valores se apoyan en la distinción entre medios y fines. Los fines son entendidos como situaciones alternativas del sistema económico, alcanzables como resultado de la aplicación de políticas económicas distintas, que serían a su vez los medios. La tarea del economista, como científico social, consiste en explicar el nexo entre medios y fines. Por su carácter subjetivo los valores sólo tendrían vigencia en relación con los fines. Si el economista es honesto debería separar los resultados alcanzables de los que no lo son, es decir, aclarar qué ocurre en términos de eficiencia cuando se pone en marcha uno u otro *pluralismo axiológico* (equilibrio de valores). La cuestión no es reconducir el pluralismo axiológico a un monismo en el que sólo se admita un valor o en que los valores estén jerarquizados estrictamente (que viene a ser lo mismo) sino en mantener las diferencias e incluso en aumentar el número de éstas. Por esta vía se plantea la cuestión de cuál es el efecto de la globalización de la economía, en el sentido de imponer el criterio económico de eficiencia como valor por encima de los demás valores.

Mi hipótesis es que la alternativa racionalidad-valor o eficiencia-calidad sólo se da a partir de algún tipo de monismo, sea epistemológico, axiológico, ético o político. Si se da paso al pluralismo radical, la racionalidad se convierte en un valor, junto a otros, y los valores son susceptibles de racionalización. Los conceptos de calidad de vida o riqueza no tienen un significado único e inalterable espacial y temporalmente, sino que son el fruto de los equilibrios que en cada momento y en los distintos ámbitos se van encontrando entre los distintos fines humanos (de nuevo la cuestión de la globalización de la economía) ni tampoco pueden ser entendidos como sustitutos con pretensiones de exclusividad como valor para toda la sociedad del principio metodológico de la racionalidad estratégica.

Pero el problema en este esfuerzo de integración de valores es que disciplinas como la Economía en las últimas décadas han sido transformadas en ciencias positivistas, *libres de valores*. Así que el joven economista con inquietudes las tendrá que dejar de lado, ya que ha sido enseñado a considerar

las ideologías como *impuras* y sabe que uno de los requisitos para progresar es estar por encima de toda sospecha. La Economía como un modo específico de búsqueda intelectual en los asuntos humanos sólo puede existir en la medida que no pretenda reconocer e integrar el espectro completo de valores humanos básicos (Kristol, 1981: 216). La mayoría de los economistas están de acuerdo con esto, pero puntualizarían que hay disciplinas como la filosofía política, la filosofía moral, y la teología, cuya tarea es justamente ocuparse de estos asuntos *normativos*. Con ello olvidan que en teoría económica la mayoría de los desacuerdos están basados principalmente en cuestiones de orden normativo.

Creo que la racionalidad necesariamente lleva de la mano la prescripción, desde el momento en que sus componentes (ya sean medios o fines) exigen unas premisas previas para que sea un pensamiento coherente. Cualquier modelo de elección racional que se adopte en Economía está apoyado en principios normativos (el individualismo propio de nuestra ciencia se caracteriza por estar racionalmente orientado hacia los objetivos). Sólo programas normativos de fines y medios pueden guiar la deliberación razonada de los seres humanos. La visión tradicional simplifica enormemente el problema del papel de los valores en Economía; porque los juicios de valor están en la base de la mayoría de las disputas teóricas. La novedad de este planteamiento reside en tres puntos:

- a) una nueva visión de la Economía no desde el conflicto de intereses sino como búsqueda del respeto del mayor número posible de diferencias; no como simple búsqueda del bienestar sino como definición cambiante y flexible, en ámbitos plurales, del núcleo axiológico plural;
- b) el empeño de superar la radical discrepancia entre racionalidad y valores, asumiendo que la racionalidad no es sino uno más en una amplia constelación de valores, cada uno de los cuales está sujeto a racionalización;
- c) el compromiso de centrarse en los aspectos prácticos y axiológicos que trae consigo cada proceso de toma de decisiones.

Las premisas más enraizadas en buena parte de la profesión son los postulados de maximización del beneficio y de la utilidad, y de minimización

de los costes. En la medida que la Economía se ha convertido en una de las fuerzas llamadas a ordenar la vida social, la eficiencia tiende a ser *el* criterio para juzgar el resultado económico. Etzioni (1988) insiste en que los individuos toman sus decisiones no sólo teniendo en mente criterios de eficiencia, sino que piensan en los valores éticos de la sociedad. Los economistas pueden dar la falsa impresión de que hay una sola elección que ‘objetivamente’ maximice el beneficio, que es único el camino sensato por el que se obtiene beneficio. Así se pierde la posibilidad de un mundo común para las ciencias cuando el camino que se sigue es poner a todos las gafas de la Economía, cuando la riqueza de la esfera pública estriba precisamente en la presencia simultánea de diversos enfoques al mismo problema.

Pero todos sabemos que las empresas maximizan muchas cosas diferentes de la pura eficiencia. Parece que si no parte de un concepto así de racionalidad (la racionalidad estratégica) la ciencia económica no sabe cómo funcionar, se pierde, no tiene ningún principio que la estructure como ciencia. Desde esa racionalidad desenfocada la ciencia económica construye un mundo cuyo valor fundamental es la eficiencia (maximización del beneficio). En la concreción de sus análisis puede dejar algún resquicio a la incorporación de valores, pero siempre como algo subsidiario. Pero es dudoso mantener un monismo axiológico en el trabajo económico práctico. La cuestión central es si la actual Economía es *monista* en su núcleo central (axiológico) o es *holista* (la ciencia de la dirección empresarial, por ejemplo, incluye una variedad de valores). La eficiencia solía acompañar a otros valores que pertenecen al núcleo central pero, en la práctica de cada día, una racionalidad económica monista suele integrar y sacrificar tal diversidad de valores en el sagrado altar de la eficiencia. A los otros valores se les concede un papel marginal o simplemente se les elimina de un plumazo. Porque asumir valores como la estabilidad social o la ecología implica gastos (y quizá ineficiencia económica) que algunas veces son muy caros.

Definir la racionalidad en términos holistas y comprensivos (como integración y deliberación ética de todos los aspectos de una acción) permite al individuo ocuparse de la toma de decisiones, y le inmuniza contra la excesiva formalización matemática (Koslowski, 1985: 10). La reducción de rigor

formal se ve compensada por la más comprehensiva inclusión de los aspectos holistas de la existencia humana. Una conducta racional exige que los economistas se apliquen a comunicar sus ideas a una audiencia lo más amplia posible. Si las ciencias sociales han sido capaces de encontrar esa audiencia amplia, no hay razón por la cual los economistas no puedan encontrar quien les escuche.

El reto que tiene por delante la Economía es la habilidad para dar cabida en sus análisis a otros valores (seguridad, cohesión social, satisfacción personal) de modo que se evite el papel tan dominante de la racionalidad económica. La experiencia demuestra que a medida que incorporamos otros valores como la redistribución de la riqueza o la justicia para medir la calidad de los bienes y servicios suministrados por el mercado, mejora la totalidad del sistema social. Estos valores añadidos actúan como contrapeso a la utilidad o la eficiencia. Lo que significa volver a una visión más política (en el sentido clásico de *política*) de la sociedad. La idea de que política y economía son válidas para ámbitos distintos o que en caso de conflicto la Economía tiene la última palabra, mantiene tozudamente su validez. Y es esa habilidad para integrar valores opuestos en un sistema armónico la que nos sirve para evaluar positivamente un sistema de valores.

De hecho, los economistas no usan otras herramientas de evaluación que la eficiencia y la racionalidad que llamamos estratégica, lo que suele terminar en el acrítico empleo de métodos matemáticos. Nuestra ciencia está en peligro de deslizarse hacia un nuevo imperialismo: la lógica económica sería el valor exclusivo sobre el que construir la sociedad (Zaratiegui, 1999: 212). Más aún, lo que se considera racional en términos económicos debería serlo también a la luz de consideraciones morales, cuando sea oportuno aplicar ese prisma. Aunque la interrelación y solapamiento de disciplinas científicas es un fenómeno común a las ciencias sociales, la Economía abusa en ocasiones de la ventaja que le da la simplicidad de los modelos que usa, en comparación con otras ciencias sociales.

Una manera de evitar tal imperialismo es integrar la ciencia económica en un horizonte más *político* de la sociedad. Este es el punto de vista de Habermas: las consideraciones económicas deberían estar subordinadas al

liderazgo democrático y comunicativo (Calhoun, 1992). En el sentido más estricto del término, se refiere a la *racionalidad instrumental*, donde se ve a cada actor como un simple calculador de sus ventajas estratégicas sobre los demás, una especie de egoísta maximización de la riqueza (Lavoie, 2000: 40-1). Esa noción está muy cerca de nuestra *racionalidad estratégica*. Porque entre los economistas es tema muy controvertido que las funciones de utilidad de los individuos estén perfectamente especificadas: muchos de ellos admitirían que la mayoría de la gente tiene funciones de utilidad interdependientes, lo cual es un modo poco elegante de negar tal racionalidad.

El problema estriba en la relación entre el ámbito económico (donde hechos y valores aparecen mezclados) y otros ámbitos de la vida social, incluido el político. Sucede que las ideologías individualistas tienen consecuencias económicas con las que no nos gusta lidiar, pero que no tenemos más remedio que aceptar, salvo que salgamos del estrecho carril individualista (Dumont, 1985: 259). Sin embargo, si es cierto que la ideología ha sido y es un obstáculo al progreso, entonces deberíamos exponer el problema a plena luz y no evitarlo o tratar de suprimirlo (Leijonhufvud, 1985: 184). Porque es un error igualar valores e ideología: el problema de la ideología es tratar de mantener las valoraciones políticas personales al margen de la teoría económica. Si tratamos de rodear la dificultad, no sabremos nunca dónde están los puntos de desencuentro y por qué estamos condenados a revivir una vez y otra las viejas disputas. Podría ayudar si los economistas pudieran resignarse a la idea de que, hagan lo que hagan, vivirán siempre bajo sospecha de predisposición ideológica. La dificultad no existiría si no hubiera varias teorías (paradigmas) en disputa.

Cuando los economistas trabajan bajo el paraguas de esa *racionalidad estratégica* aparece siempre una aparente discrepancia entre los principios de eficiencia y equidad, que no se da en la realidad. Un valor por sí mismo no es capaz de sostener todo un sistema económico o social. Ambos valores han de trabajar juntos. El punto clave es analizar la pluralidad de valores que hay detrás de un sistema económico concreto y la ponderación respectiva de eficiencia y equidad. Esta torpeza para manejar cuestiones relacionadas con la equidad provoca que, invocando el mantra de la eficiencia, se pueda

destruir la cohesión de la sociedad, por ejemplo a través de despidos masivos. Hay un *trade-off* continuo entre ambos: una sociedad desintegrada puede ser eficiente durante un tiempo, pero al final la sociedad vuelve siempre a una actitud comprometida a causa de la desigualdad que se ha creado. Aquí está la diferencia entre el modelo anglosajón (inclinado hacia la eficiencia) y el de la Europa continental (más proclive a la equidad).

La cuestión no estriba tanto en que la Economía incorpore elementos valorativos que anulen el único principio a partir del cual puede funcionar (racionalidad estratégica, eficacia) sino en que el suyo no sea el único valor que constituya una sociedad. Se necesita reintegrar la economía en una visión más política, en el sentido más noble de la palabra: la capacidad de integrar valores, múltiples y opuestos. Lo cual requiere:

- a) convertir en valor para la sociedad el principio metodológico de la racionalidad estratégica y de la eficiencia, en las que se basa la ciencia económica;
- b) aplicar a la ciencia económica el principio de flexibilidad: no hay un mundo económico *per se* basado en el principio de eficiencia, sino que los humanos construyen así el mundo usando también valores tomados de la Economía (se trata de des-esencializar el valor de los principios económicos);
- c) impedir que la eficiencia económica sea el único valor de la sociedad: la ciencia económica debe dejar de ser un gran relato, y reconocer y asumir su limitación.

Conclusión

En este trabajo analizo el concepto de racionalidad estratégica para intentar explicar los problemas –que a veces parecen insolubles– a los que se enfrenta la Economía. Desde ese concepto, erróneo a mi juicio, se construye un mundo en el que la eficiencia es el valor principal, y se deja fuera otros valores: el criterio económico estricto es el único que cuenta. Opino, en cambio, que es nuestra responsabilidad buscar vías alternativas para que convivan en

equilibrio valores diferentes, equilibrio que cambiará en función de las necesidades a satisfacer. Se abre entonces un amplio abanico de objetivos alternativos: crecimiento de la riqueza individual, calidad de vida, ecología, respeto a la libertad y las diversas sensibilidades, etc. En definitiva, el problema no es tanto si se hablan lenguajes diferentes, sino qué clase de comunicación existe entre los criterios económicos y los otras ciencias sociales. No hay un único equilibrio axiológico en la sociedad: varios de ellos podrían trabajar juntos.

REFERENCIAS

- Bell, D. & Kristol, I. (eds.) (1981), *The Crisis in Economic Theory*, New York: Basic Books.
- Calhoun, C. (ed.) (1992), *Habermas and the Public Sphere*, Cambridge, MA: The MIT Press.
- Dumont, L. (1985), "The Economic Mode of Thought in an Anthropological Perspective", in Koslowski, Op. Cit., pp. 251-261
- Etzioni, A. (1988), *The Moral Dimension. Towards a New Economics*, New York: The Free Press.
- Fitzgibbons, A. (1997), "Rationalism and Anti-Rationalism", *History of Economics Review*, 26:172-3.
- Frank, R. H. (1988), *Passions within Reason*, New York: Norton.
- Gómez, J. (2000), "Rationality in Economics: An Essay on Methodology and Psychology", *Boletín de Estudios Económicos*, LV (170), 303-32.
- Keita, L. D. (1992), *Science, Rationality, and Neoclassical Economics*, Newark: University of Delaware Press.
- Klamer, A. & Colander, D. (1987), "Making of an Economist", *Journal of Economic Perspectives*, 1 (2), 95-111.
- Koslowski, P. (ed.) (1985), *Economics and Philosophy*, Tübingen: J.C.B. Mohr.
- Lavoie, D. & Chamlee-Wright, E. (2000), *Culture and Enterprise: The Development, Representation and Morality of Business*, London and New York: Routledge.
- Leijonhufvud, A. (1985), "Ideology and Analysis in Macroeconomics", in Koslowski, Op. Cit., pp. 182-207.
- Myrdal G. (1958), *Value in Social Theory*, New York: Harper.

- Reder, M. (1999), *Economics: The Culture of a Controversial Science*, Chicago and London: Chicago UP.
- Schnädelbach, H (ed.) (1984), *Rationalität. Philosophische Beiträge*, Frankfurt: Suhrkamp.
- Tiemstra, J. (1998), "Why Economists Disagree", *Challenge*, May-June, 41 (3), 46-62.
- Zaratiegui, J. (1999), "The Imperialism of Economics Over Ethics", *Markets & Morality*, 2 (2): 208-19.

RIIM

Revista de Instituciones, Ideas y Mercados

Pautas para la presentación de artículos

1. Los trabajos deben ser **originales** y serán enviados por correo electrónico a riim@eseade.edu.ar para ser evaluados por el Editor General de la Revista y por referees anónimos antes de su aceptación para publicación.
2. Los trabajos pueden ser artículos, ensayos, textos de conferencias y reseñas de libros. Básicamente, un artículo buscará dar respuesta a una pregunta de investigación académica, mientras que el ensayo brindará el punto de vista del autor sobre el tema a tratar. A título indicativo, la extensión de los artículos puede variar entre 7.000 y 11.000 palabras (incluyendo gráficos, cuadros, notas y referencias bibliográficas), la de ensayos y textos de conferencias entre 4.000 y 6.000 palabras, y las reseñas entre 2.000 y 3.000 palabras.
3. Con un asterisco en el título remitiendo al pie de la primera página se indicarán comentarios, agradecimientos, etc.; con doble asterisco en el nombre del autor remitiendo al pie de la primera página se indicará su título, posición académica actual y dirección de correo electrónico.
4. Los artículos y ensayos deben ir precedidos de un resumen en inglés y español, de 50 palabras cada uno.
5. Los artículos deben tener una bibliografía al final, que incluya sólo los textos citados en el cuerpo del artículo y refleje el estado actualizado de la literatura.

a) Libros: uno a tres autores

Conesa, Francisco; Nubiola, Jaime, 1999, *Filosofía del Lenguaje*, Barcelona: Herder.

b) Libro: más de tres autores

Benegas Lynch (h), Alberto et al., 1984, *Cristianismo y Libertad*, Buenos Aires: Fundación para el Avance de la Educación.

c) Libro: editor o compilador en lugar de autor

Yarce, Jorge (ed.), 1986, *Filosofía de la Comunicación*, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.

d) Artículo en libro con editor (o compilador)

Llano, Alejandro, 1986, “Filosofía del Lenguaje y Comunicación” en Yarce (ed.): *Filosofía de la Comunicación*, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.

e) Artículo en publicación periódica

Ravier, Adrián, 2006, “Hacia un Estudio Comparativo de las Teorías Económicas Defendidas por Joseph Schumpeter y Ludwig von Mises”, *Libertas* 44 (Mayo), pp. 251-326.

f) Texto consultado en Internet

Adam Smith, 1982 [1759], *The Theory of Moral Sentiments*, D.D. Raphael y A.L. Macfie (eds.), vol. I de *The Works and Correspondence of Adam Smith*, Indianapolis: Liberty Fund, en <http://oll.libertyfund.org/title/192>.

6. Las notas y referencias bibliográficas que no agreguen información al contenido del documento se incluirán en el texto principal entre paréntesis. Ejemplo: “Como figura que encarnaba el espíritu de este primer grupo Sarmiento reivindica a Rivadavia (Sarmiento, 1999: 177-178).”

Las notas y referencias bibliográficas que agreguen contenido al cuerpo del texto deben incluirse al final del artículo. Ejemplo para nota al final: 2. Constant define a la libertad moderna como aquella basada en una concepción de hombre con derechos y libertades individuales y con la facultad de impedir las limitaciones en el ejercicio de estos derechos (Constant, 1988: 63).

7. Idioma: Se minimizará el uso de expresiones en un idioma distinto del que se escribe. Asimismo se respetará el criterio gramatical de la lengua en que se escribe: por ejemplo, en español sólo van con mayúscula los nombres propios de personas y entidades y los nombres de lugar y eventos históricos; en inglés también van en mayúscula los meses del año y los derivados de nombres geográficos.
8. Otros formatos a seguir

Los trabajos se enviarán como documento adjunto en Word 2003, con fuente Times New Roman N° 12, a simple espacio. Todas las páginas deberán numerarse.

El texto principal debe estar alineado a la izquierda, sin espacios entre párrafos y sin sangrías ni tabulaciones. El título del artículo y los subtítulos deben ir en negrita y en minúsculas.

Las citas extensas dentro del texto principal deben ir en párrafo aparte con espacio anterior y posterior de 1, y sin comillas.

Los gráficos y cuadros deben presentarse en archivo aparte (Excel o Word) indicando el número (correlativo), título, fuente y notas. En su lugar deben colocarse en el texto principal la referencia de número y el título.