

## DERECHO Y DECISIONES COLECTIVAS

**Ricardo A. Caracciolo**

Profesor de la Universidad "Pompeu Fabra". Barcelona.

### 1. LA NOCION DE DECISION INSTITUCIONAL

#### 1.1. *Introducción*

Las racionalización es, en principio, una propiedad de acciones o decisiones de individuos. Ello explica que gran parte de la literatura existente sobre las condiciones de la *racionalidad práctica*, en el dominio de la teoría del derecho actual, tenga en cuenta básicamente a las decisiones jurídicas individuales, en especial, las decisiones que adoptan los jueces cuando emiten sentencias, esto es, las decisiones judiciales. Uno de los interrogantes en esta discusión versa acerca de la relación de semejantes decisiones con el sistema de normas generales que, *prima facie*, los jueces están obligados a aplicar y la medida en que esta exigencia afecta la racionalidad de la decisión individual del juez. Adicionalmente, se trata de saber si para tratar adecuadamente esta cuestión es suficiente una reconstrucción del razonamiento judicial que recurra exclusivamente a criterios suministrados por un cálculo lógico o si es necesario formular una "teoría de la argumentación", supuestamente más amplia en la medida en que vendría a habilitar el análisis de las operaciones no formales implicadas en la elección de las premisas (sobre esta cuestión, Atienza, 1990).

Sin duda, lo que se encuentra en tela de juicio aquí no es solamente una controversia sobre una noción aceptable de *racionalidad práctica*, sino además su eventual conexión con la estimación o evaluación normativa, desde algún punto de vista ético o moral de los resultados de la acción. Pero más allá de esta discusión, es notable que una noción de "racionalidad" limitada solamente a las acciones individuales es insuficiente a la hora de tomar en cuenta *todas* las decisiones que puedan calificarse de "jurídicas". Aquí hay que admitir, al menos en principio, la posibilidad de atribuir acciones o

decisiones a colectivos, y entonces, se tiene la cuestión de saber de qué manera se puede atribuir la propiedad "racional" a una acción "colectiva". Este caso reproduce una situación general en la que un resultado, esto es, un estado de cosas descrito por una proposición  $p$ , es atribuible a la interacción de al menos dos individuos. Si ello no fuera posible, habría que concluir que estas acciones no son calificables en la dicotomía racional-irracional.

## 1.2. Racionalidad colectiva

Este problema tiene una notoria importancia en relación a los sistemas jurídicos en varios niveles: en uno muy general, estos pueden ser pensados como conjuntos de normas que, por un lado, constituyen los resultados de las acciones colectivas de una cierta sociedad, y por otro, como criterios para la toma ulterior de nuevas decisiones productoras de normas. En un nivel, más específico, hay que tener en cuenta que las estructuras institucionales de las sociedades contemporáneas están basadas, precisamente, en procesos de interacción. Ello es válido no sólo para el obvio caso de los procesos legislativos, sino también para los supuestos tribunales colegiados u organismos colectivos de gobierno.

La actual teoría estándar de la elección social constituye el instrumento disponible y el ámbito de discusión de la cuestión de la "racionalidad" de las decisiones colectivas. En principio, se trata de un formalismo, en donde las condiciones iniciales son formuladas precisamente en forma de axiomas y las conclusiones teóricas probadas como teoremas. Los formalismos pueden tener interpretaciones diversas y, justamente, su carácter general permite interrogarse acerca de su utilidad para áreas heterogéneas de problemas sustantivos (A. Hylland, 1989) por ejemplo, para problemas jurídicos. Para esa interpretación es viable el recurso a determinados resultados de una teoría aceptable de las normas. Me propongo, en lo que sigue, utilizar un modelo jurídico de decisión para presentar un problema de racionalidad colectiva. Problema que pone en cuestión la compatibilidad de exigencias sustantivas que normalmente son dirigidas a las constituciones democráticas.

El punto de partida aquí consiste en la hipótesis según la cual, una determinada sociedad, o cualquier colectivo, no es una entidad *independiente* de los individuos que la componen. Por lo tanto, tampoco lo son las acciones colectivas. Lo que implica que las propiedades que son atribuibles a acciones semejantes, v. g. el predicado "racional" dependen del comportamiento racional de sus miembros individuales. De manera que la noción de acción colectiva racional supone un concepto de acción o decisión individual con sus correspondientes condiciones de *racionalidad* (Arrow, 1963; Sen, 1970). Dentro del contexto de este discurso teórico, la "racionalidad individual" es definida como la coherencia del actor con su propia escala de *preferencias*, en relación a alternativas de comportamiento, de forma que es admisible, *prima facie*, definir la "racionalidad colectiva" como una función

de la preferencia colectiva. Esta manera de tratar la racionalidad puede ser, con admisibles argumentos, puesta en tela de juicio, si se atiende a que se trata de un enfoque meramente instrumental que omite considerar el carácter racional o irracional de las preferencias o de los valores, creencias, deseos e intereses que las constituyen. No obstante, una discusión sobre el alcance restrictivo de semejante noción puede obviarse, en principio, si se considera que el requisito de la *coherencia* de la acción con las respectivas creencias puede ser aceptado como condición necesaria aunque no suficiente, de la decisión racional. Por consiguiente, es obvio que ese requisito conceptual puede ser compartido por concepciones alternativas acerca de la racionalidad práctica.

### 1.3. *Las normas como resultados de decisiones*

Una decisión no es otra cosa que una elección entre diversas opciones disponibles para actuar, esto es, el *proceso* de decisión concluye, si no es frustrado, en una definida acción que transforma el estado del mundo existente previamente. De manera que se puede utilizar, sin mengua de comprensión, de manera intercambiable los términos “decisión” y “acción”, en la medida en que interesa las decisiones que efectivamente se llevan a cabo. El nuevo estado constituye, conforme a la terminología de Von Wright, el *resultado* de la acción. Por “resultado” se entiende, entonces, aquí, el estado de las cosas, en el sentido más amplio de esta expresión, provocado por la actividad del agente y que es constitutivo para la definición de la acción realizada (Von Wright, 1963; Von Wright, 1979). Esta relación es conceptual en este sentido: dado que un acto A se define por su resultado p, si p no se produce, A no tiene lugar. La actividad del agente tendrá que ser descripta, eventualmente de otra manera.

Las decisiones jurídicas pueden ser entendidas también como elecciones entre alternativas que concluyen en una acción. Interesan especialmente aquellas decisiones que consisten en la promulgación de normas, esto es, las que Von Wright denomina *acciones normativas* y a las que, en vista de la regulación del lenguaje aquí propuesta, voy a denominar también, *decisiones institucionales* para subrayar el hecho de que, asimismo, constituyen el producto de una elección (conf. Studniki, 1974). Decisiones institucionales, son entonces, las acciones, que sobre la base del cumplimiento de definidos procedimientos son considerados actos de “creación” de normas. Estos procedimientos son establecidos en normas preexistentes que cumplen funciones en el proceso de decisión, del tipo que será indicado más adelante.

Si se acepta la relación conceptual entre acción y resultado, entonces, los resultados de las decisiones institucionales, esto es, de las que promulgan una norma N, no es otro que la norma N. Desde el punto de vista del lenguaje, esta distinción entre acción y resultado, es la misma que subyace al par de las nociones “speech act” y “speech utterance” propuestas por Searle (Searle, 1970). No es relevante que se trate, de todos modos, de resultados

conceptuales. Lo que interesa es que la promulgación de N cambia el mundo real previo a otro en el que existe N.

Si el actor es un individuo, por ejemplo, un juez, entonces se tiene una *decisión institucional individual*. Tal es el caso de una sentencia y la norma N es atribuida, como resultado, a esa decisión. En cambio, si el actor es una "entidad" colectiva, por ejemplo, un parlamento, la norma es producto de una *decisión institucional colectiva*. En este supuesto, la acción de "crear" una norma es atribuida directamente, con sustento en ciertas reglas de procedimiento, a la entidad colectiva. Se trata de un artificio meramente teórico, porque lo único existente es el proceso de interacción, es decir, un conjunto de acciones individuales.

Es notorio que en este contexto, el término "decisión" ha sido utilizado de manera ambigua. Por un lado, como indica Studniki, designa el acto de crear una norma N, que puede también consistir en un proceso, esto es, en una clase de actos. Por otro, denota también el resultado final, es decir, la norma promulgada. Esta ambigüedad, sin embargo, no afecta la presente discusión, sin perjuicio que el interés se dirija a las acciones productoras de normas, por consiguiente, no propondré una terminología especial. (Caracciolo, 1988).

#### 1.4. *Un modelo de decisión racional*

Como fue indicado precedentemente, cualquier decisión de un individuo en una determinada situación, culmina en una elección entre alternativas de acción mutuamente excluyentes. De acuerdo con Arrow, una "acción" significa una descripción completa de todas las actividades que el individuo puede llevar a cabo, y dos acciones alternativas son dos descripciones cualesquiera que difieren entre sí en alguna forma relevante. Esa diferencia indica que la relevancia consiste en que conducen a resultados —estados de cosas— que no pueden tener lugar simultáneamente. La descripción en cuestión está determinada por dos factores: a) lo que un individuo *puede* hacer es funcional en relación a su conocimiento de la situación; un incremento de ese conocimiento aumenta el número de las acciones posibles; b) como ese conocimiento es relativo a un cierto lenguaje, cualquier cambio del lenguaje conduce también a una modificación de la descripción de las acciones disponibles. La descripción elegida en la situación en cuestión, será denominada *contexto* de la decisión (Arrow, 1967).

Para actuar, el individuo tiene que elegir. Para elegir, tiene que usar una regla de elección que, en sentido formal, puede denominarse un *sistema de valores*, que se presenta como una escala de preferencias. Así, un sistema de valores SV de un individuo puede ser entendido como la regla destinada a determinar una hipotética decisión en relación a varios o a todos los contextos posibles. Para cumplir esta función, un SV tiene que satisfacer una propiedad estructural: tiene que habilitar la ordenación jerárquica de las alternativas (Arrow, 1963 y Arrow, 1967). Para establecer ese orden, hay

que definir una cierta relación en el conjunto de alternativas, constitutivas del contexto. Relación que tiene que satisfacer determinadas propiedades formales.

Para mostrar el alcance de esta exigencia, supóngase un contexto integrado por dos alternativas  $x_1$  y  $x_2$ <sup>1</sup>. La elección entre  $x_1$  y  $x_2$  va a estar determinada por la relación de *preferencia* entre una y otra. No obstante, puede darse el caso que ninguna de las dos constituya una alternativa preferida; entonces, para justificar una elección *racional*, es preciso que las alternativas satisfagan la relación de *indiferencia*. Las relaciones de preferencia e indiferencia serán designadas, en lo que sigue con las letras P e I, respectivamente. De acuerdo con Arrow, el presupuesto según el cual el sistema de valores SV establece un orden significa que ciertas condiciones de consistencia tienen que ser postuladas acerca de las relaciones de preferencia e indiferencia, y que, además, se admite que cualquier elección, en cualquier contexto puede ser determinada por el orden (Arrow, 1967).

Para ello, las relaciones de preferencia e indiferencia tienen que satisfacer las siguientes propiedades: a) *conexidad*, (o completitud, o comparabilidad, las tres expresiones funcionan de manera equivalente), lo que significa que para cada par de alternativas  $x_1$  y  $x_2$ , o bien  $x_1$  es preferida a  $x_2$ , o bien  $x_2$  es preferida a  $x_1$ , o bien las dos son indiferentes una en relación a la otra (la relación de indiferencia es simétrica a la inversa que la relación de preferencia); b) *transitividad*, de ambas relaciones. Así, si se tienen tres alternativas  $x_1$ ,  $x_2$  y  $x_3$ , se sigue que, si  $x_1$  es preferida (o indiferente) a  $x_2$ , y  $x_2$  es preferida (o indiferente) a  $x_3$ , entonces  $x_1$  es preferida (o indiferente) a  $x_3$ . Si cualquiera de las dos condiciones no son satisfechas, entonces la elección no puede fundarse en el sistema de valores, porque ninguna alternativa es preferida o indiferente a las demás.

Con este aparato conceptual la *racionalidad* individual puede ser pensada como la consistencia de las decisiones con el propio sistema de valores SV. Lo que significa que la elección de una alternativa de acción de un contexto cualquiera está determinada por el orden que en el contexto establece ese sistema, en el sentido de que si una alternativa  $x_1$  es preferida a todas las demás,  $x_1$  será la elegida. Este es, como indica Arrow, un presupuesto adicional que no se sigue de la mera ordenación. Pero para que esa racionalidad sea posible es preciso que, en cualquier situación de elección E, exista un *conjunto de elección* C (E) no vacío: C (E) es el conjunto de todas las alternativas  $x$  en S para las que vale  $xPy$  o  $xIy$ , para todas las  $y$  en S. Lo que significa que al menos una es preferida o indiferente a las otras. Esta condición no se cumple, y la decisión no puede fundarse en SV, si no se respeta conjuntamente, las propiedades de *conexidad* y *transitividad*.

<sup>1</sup> Las letras x, y, w, z, con o sin números, son variables para alternativas de acción, ya sean individuales o colectivas. Acciones definidas o sus resultados se presentan en lo que sigue, con las letras mayúsculas A, B, C o R, ya sean individuales o "colectivas", lo que se especifica en cada caso. Utilizo además, los símbolos usuales "-" para la conectiva lógica de la negación "no" y "&" para la conectiva de la conjunción "y". La acción -A, por ejemplo, representa la omisión de A, y A & B la conjunción de las acciones (o sus resultados) A y B.

### 1.5. Los sistemas normativos como criterios de elección

Se puede partir de la hipótesis que indica que las decisiones institucionales, tanto individuales como colectivas, están determinadas por normas jurídicas previas. La expresión "determinadas" es imprecisa, y gran parte de la discusión relativa a las condiciones de racionalidad de las decisiones de los jueces depende de la elucidación de esa expresión. La teoría de la decisión suministra dos puntos de vista aceptables para considerar una manera en que las normas existentes en un tiempo T, determinan las decisiones institucionales en el tiempo subsiguiente T1. El primero consiste en interpretarlas como *escalas de preferencia*, y el segundo, como *reglas de decisión colectiva*, en el sentido de reglas para la formación de escala de preferencia colectiva. En ambos casos, inmediata o mediatamente, las normas suministran de criterios de elección para la toma de decisiones.

Veamos la primera. Un sistema de normas, por ejemplo un sistema jurídico, puede ser pensado como un sistema de valores Sv, en el sentido del modelo de decisión racional. Para ello, es preciso que establezca un orden sobre la relación de preferencia entre definidas alternativas de acción. Las normas permiten efectivamente realizar esta operación al calificar deónticamente las acciones. Así, la norma OA (obligatoria la acción A) suministra el criterio requerido para el orden, si se la interpreta en el sentido según el cual, de dos alternativas de acción, una que conduce al estado de cosas descrito por A, y la otra que resulta en -A, es preferida la que conduce a A. De manera similar, FA (facultativa la acción A), indica que A y -A son estados de cosas (acciones) indiferentes. En tanto que PhA (prohibida la acción A) significa lo mismo que O-A, conduce a la preferencia de -A. Para que un sistema funcione de esta forma es necesario que sea *consistente* y *completo*, en relación a las alternativas relevantes de acción. La consistencia y la completitud se corresponden con las propiedades de transitividad y conexidad de la relación de preferencia respectivamente (para un tratamiento de problemas formales, confr. Hansson, 1977).

Por consiguiente, para los destinatarios del sistema normativo, suministra un criterio para evaluar la coherencia de la acción, y por lo tanto su *racionalidad* medida por la escala de preferencias que aquel establece. Si un actor asume o acepta el sistema de normas, entonces viene a constituir *su* sistema de valores en relación a las alternativas que son relevantes para ese sistema. Si las normas son generales, ello equivale a mantener constante una jerarquía sobre clases de alternativas, cualquiera sean las modificaciones ulteriores del contexto (Caracciolo, 1987).

## 2. DECISIONES INSTITUCIONALES COLECTIVAS

### 2.1. La noción de "acción colectiva"

La extrapolación a "entidades colectivas" de propiedades que son asignables a individuos, tiene que provocar la necesidad de redefinir el aparato conceptual correspondiente. En especial, ello afecta a las nociones de "acción", "preferencia" y "racionalidad". A la vez, el supuesto de la dependencia de las acciones colectivas en relación a una clase de acciones de individuos, tiene que imponer definidas condiciones para que semejante extrapolación resulte aceptable. Quien se muestre escéptico acerca de los alcances de una teoría de la decisión colectiva racional, puede argumentar precisamente que esas condiciones son imposibles de satisfacer de manera conjunta (Kliemt, 1985).

El proceso mediante el que se arriba a decisiones institucionales colectivas puede servir de modelo para una discusión informal del alcance de algunas de esas condiciones y de esos argumentos. Simultáneamente, muestra la pertinencia para la teoría del derecho de tomar en serio la discusión en cuestión.

Previamente, es posible comprender en qué sentido es posible hablar de "acción colectiva" recurriendo a un experimento mental propuesto por A. Hylland. Un observador puede estar interesado en múltiples aspectos de una sociedad, ya sea la sociedad global o cualquiera de sus grupos intermedios, actuando como "colectivos". El que interesa a la teoría de la elección social es el siguiente: en un cierto tiempo  $T$ , se tienen estados individuales de preferencia, uno para cada integrante de la sociedad. En este caso las alternativas representan resultados colectivos y no resultados de acciones individuales. Si, por ejemplo, son relevantes las alternativas  $x_1, x_2, x_3, \dots, x_n$ , un estado de este tipo es un orden que se puede representar de esta forma:

$x_1$   
 $x_2$   
 $x_3$   
 $x_n$

Un estado individual de preferencia de un individuo  $i$  suministra un criterio suficiente para saber cual es la alternativa preferida por ese individuo, esto es, en este supuesto  $x_1$ . Un *estado colectivo de preferencia* es un conjunto de estados individuales de preferencia de  $n$  individuos. Uno puede suponer que todos los individuos actuarán (acciones que incluyen la interacción y omisiones) en una forma que tendrán alguna relación con sus preferencias. Los resultados de las respectivas acciones, conducen a un estado del mundo formulable mediante una descripción de la conjunción de los resultados de acciones individuales  $R_1, R_2, R_3, \dots, R_n$ , bajo el supuesto que cualquier otro aspecto permanece constante. Entonces, puede denominarse *resultado colectivo*  $R_c$  a esa conjunción. De manera que cada alternativa, mencionadas por las variables  $x_1, x_2, x_3, \dots, x_n$ , representan aquí conjunciones de ese tipo. Se puede asociar ahora ese resultado con un de-

terminado estado colectivo de preferencia. Si se reitera ese experimento mental para cualquier posible estado colectivo, se determina una función de los estados colectivos a los resultados colectivos. Esa función se denomina la *función de decisión social* o la *regla de decisión colectiva* de esa sociedad (Hylland, 1988). En la medida en que semejante resultado colectivo es imputable a *todos* los miembros de la sociedad el experimento puede concluir atribuyendo también la *acción* que conduce a ese resultado a *toda* la sociedad. Es en este sentido que Arrow afirma que, "... todas las acciones significativas implican la participación conjunta de muchos individuos. Aún el aparentemente más simple acto de decisión individual supone la participación de toda la sociedad. Es importante advertir que esta observación nos dice que todas las acciones no triviales son esencialmente la propiedad de la sociedad como un todo, no de los individuos" (Arrow, 1967). Se trata de un supuesto fuerte sustentado en la circunstancia de que ninguna acción individual es totalmente independiente de las otras, por lo que lo único existente son procesos de interacción. Así, entonces, afirma también Arrow, la factorización del resultado colectivo en componentes individuales no es un dato sino la consecuencia de un modo especial de representar ese resultado. Ello no impide que, sobre la base de determinadas convenciones, ciertos resultados, que pueden ser atribuidos a individuos y susceptibles, por lo tanto, de integrar también la descripción de un resultado colectivo, se imputen primariamente a instituciones colectivas parciales, dentro de la sociedad global. Ello sucede cuando de cualquier forma la ejecución de la acción no depende de las preferencias del individuo en cuestión sino de una preferencia colectiva que se ha formado en un proceso interno de interacción. En estas instituciones tanto la formación de alternativas como la función de decisión social se encuentran formalizadas en mayor o en menor medida. Lo que significa que los individuos participantes siguen reglas explícitamente formuladas (Hylland, 1989).

## 2.2. *El proceso de decisión*

Precisamente, uno de los tipos de instituciones sociales fuertemente formalizadas, son las instituciones jurídicas destinadas a producir normas. Desde un punto de vista general acerca de la función pragmática de esas instituciones formalizadas, tienen que ser consideradas como artefactos diseñados para producir decisiones, esto es, resultados, que reflejen las preferencias de un conjunto de individuos y no de un individuo particular (sobre lo que sigue, Studniki, 1974). Ello puede obtenerse en dos niveles, según sea la estructura política global de la sociedad a la que pertenecen esas instituciones. En un primer nivel, tienen que reflejar las preferencias de los que participan *directamente* en los procesos internos de la decisión institucional. En un segundo nivel, *pueden* constituir uno de los mecanismos aptos para trasladar a las decisiones colectivas, en particular, a las decisiones institucionales colectivas, las preferencias de *todos* los miembros de la sociedad. La medida

en que las instituciones formalizadas satisfacen la función de segundo nivel suministra un criterio que permite calificar a la sociedad, y a sus instituciones, desde la perspectiva de un estándar de sociedad democrática. Según Studniki, el funcionamiento de un artefacto de este tipo depende de las condiciones bajo las cuales un número apropiado de decisiones individuales puede ser *racionalmente* producido y transformado en un resultado colectivo final susceptible a ser adscripto, con fundamento en el correspondiente sistema normativo, a una definida institución (Studniki, 1974, Coleman, pp. 374 y ss.).

Precisamente, el carácter reglado del proceso de decisión evidencia otra de las formas en que las normas juegan aquí un rol, que concluye en su función como regla de decisión colectiva. Según Studniki, en el proceso, se puede distinguir tres estados. El primero consiste básicamente en la formación de un conjunto de alternativas, limitada al ámbito de cuestiones cuya resolución representa el objetivo funcional de la institución y que se expresan en las normas de competencia. En este estadio los individuos interactúan para producir ese conjunto siguiendo normas que regulan el procedimiento a seguir para formular propuestas admisibles (la manera en que se pueden formular mociones) y definen las interacciones permitidas. Las interacciones tienen el propósito de obtener la formación de preferencias individuales en relación a las alternativas del conjunto. En los casos más simples de decisiones institucionales, existen sólo dos alternativas: una que consiste en aceptar un proyecto de norma y la otra en rechazarlo. Pero, por supuesto, es también posible que exista más de una versión textual del proyecto, y por consiguiente, más de dos alternativas.

El segundo estadio consiste en los actos de elección que llevan a cabo los individuos participantes, y mediante los cuales expresan sus respectivas preferencias sobre las alternativas formadas en el estadio anterior. Para ello, es supuesto que cada uno utiliza un sistema de valores. Los actos que tienen este significado están también definidos en las normas de procedimiento. Normalmente consisten en alguna forma de votar.

El último estadio, consiste en la transformación del conjunto de resultados individuales en un resultado colectivo final a ser asignado a la institución. Esta operación tiene un carácter meramente formal, toda vez que consiste en utilizar una regla de procedimiento que cumple el papel de una función que asigna a clases de perfiles de preferencia, definidas por su estructura, un resultado determinado. Se trata, entonces, de una norma que establece la *función de decisión social* para esa institución, o lo que es lo mismo, su *regla de decisión colectiva* (Studniki, 1974).

### 2.3. Reglas de decisión. La constitución como regla básica

Para advertir la manera en que una función social puede determinar el resultado colectivo, se puede recurrir a una representación de un *estado colectivo de preferencia* en forma de una matriz  $m \times n$ , donde  $m$  depende del

número de alternativas y  $n$  del número de individuos (Studniki, 1974). Así, si se tienen tres alternativas y tres individuos, la matriz es la que sigue:

x2	x2	x3
x3	x1	x2
x1	x3	x1

Como ya se ha indicado, los estados individuales de preferencia permiten saber cual es la alternativa preferida. La matriz muestra que los estados colectivos carecen de esa propiedad. Lo que significa que la noción de *preferencia colectiva* no es definible sin el recurso a una regla colectiva de decisión, v.g. una regla formalizada de procedimiento institucional. Si, además, la *racionalidad colectiva* tiene que ser funcional a la preferencia colectiva, de ello se sigue que tanto la preferencia como la racionalidad son relativas a una regla determinada.

Una característica requerida por definición para los procedimientos de decisión colectiva, consiste en que tienen que habilitar la formación de una *relación social de preferencia*, es decir un orden sobre alternativos estados, de hecho, pensados como eventuales resultados colectivos. Para que esa relación social de preferencia sea funcional de las preferencias de los individuos, es preciso que cada uno establezca un orden sobre esos resultados. Así, para dos resultados  $x$  e  $y$ , para todos los individuos  $i$ , vale que o bien  $xPy$ , o bien  $yPx$  o bien  $xly$ . La extrapolación de las preferencias individuales se realiza mediante la definición de un conjunto de individuos *decisivo*. Ello significa que la regla de decisión colectiva prescribe que una alternativa  $a1$  es preferida socialmente a la alternativa  $a2$ , si y sólo si, *todos* los individuos que integran el conjunto decisivo prefieren  $a1$  a  $a2$ , y todos los otros prefieren  $a2$  a  $a1$ . Cual sea el conjunto decisivo depende de la función de elección social. Puede estar compuesto por todos los participantes en el proceso de decisión, de acuerdo a la regla de *unanimidad*, es decir, un estado  $a1$  es preferido colectivamente a otro  $a2$  si, y sólo si, *todos* prefieren  $a1$  a  $a2$ . Lo que equivale a decir que cada uno tiene un verdadero derecho de veto. Puede decidirse por *mayoría*, y entonces los conjuntos decisivos son los que contienen una mayoría (simple o calificada) de individuos. De manera que  $a1$  es preferida a  $a2$  si, y sólo si, la mayoría prefiere  $a1$  a  $a2$ . Por último, el resultado colectivo puede estar determinado por las preferencias de un individuo. Lo que quiere decir que el conjunto decisivo tiene solamente un miembro. Entonces, la regla es la *dictadura*: la alternativa  $a1$  es preferida a  $a2$  si, y sólo si, el individuo  $x$  prefiere  $a1$  a  $a2$  (Arrow, 1963 y Arrow, 1967).

En la medida en que los procedimientos para arribar a acciones imputables a las instituciones básicas encargadas de las decisiones institucionales de una cierta sociedad son establecidos en una constitución, esta puede ser pensada como una regla de decisión colectiva. Precisamente, Arrow denomina también "constitución" a la función de decisión social (Arrow, 1967, Arrow, 1963). Esta idea es neutral en relación a la cuestión de saber si esas instituciones son buenos transmisores de las preferencias de todos los miembros de la sociedad. Es obvio, que una constitución que establezca la dictadura como mecanismo institucional no satisface esa condición. Para ello, un re-

quisito mínimo consiste en la incorporación de la regla de la mayoría, al menos en alguna de esas instituciones básicas, en especial, las destinadas a la promulgación de normas generales, por ejemplo, un parlamento. Pero, por cierto, ello no es suficiente si no se traslada esa regla a la elección de los miembros de las entidades colectivas de decisión. Para el propósito de este trabajo, que se limita a un específico problema de las constituciones democráticas, se puede partir del supuesto según el cual, en las sociedades organizadas por esas constituciones, las instituciones formalizadas de decisión colectivas *representan* las preferencias de todos los miembros de la sociedad. Lo que permite imputar mentalmente sus decisiones a toda la sociedad. Sin embargo, una restricción adicional será impuesta más abajo a la noción de "constitución democrática".

#### 2.4. *Criterios de evaluación*

Si el propósito de una regla de decisión colectiva se dirige a trasladar las preferencias individuales al resultado colectivo, hay que establecer criterios de adecuación para la elección de la propia regla de elección. El requerimiento intuitivo impuesto usualmente equivale a la demanda de que el procedimiento de decisión debería establecer las formas posibles más razonables y equitativas de transformación de un estado de preferencia colectivo en un resultado final. Bajo el supuesto de que las decisiones individuales son racionales, ello equivale también a la evaluación de la regla colectiva por su capacidad para preservar al máximo las condiciones de racionalidad individual.

De acuerdo con Arrow (Arrow, 1963, Arrow, 1967), un criterio de evaluación de este tipo se dirige a preguntar si la función de decisión social satisface las siguientes condiciones: a) *principio de racionalidad colectiva*: lo que aquí se requiere es que cualquiera sea el estado colectivo de preferencia, permita efectivamente arribar a una acción fundada en una escala de preferencia. Lo que quiere decir que para *cualquier conjunto* de preferencias individuales (dominio no restringido), el resultado del proceso de decisión tiene que ser un específico orden sobre las alternativas disponibles. Para ello, es preciso que habilite la identificación de un conjunto  $C(S)$  de elección no vacío, esto es, la relación de preferencia colectiva tiene que satisfacer las propiedades de *transitividad* y *conexidad*; b) *principio de independencia de alternativas irrelevantes*: La elección social realizada desde cualquier contexto depende solamente de los estados individuales de preferencia sobre ese contexto. Por ejemplo, si el contexto incluye las alternativas  $x_1$  y  $x_2$ , las relaciones de preferencia establecidas entre ellas no tienen que variar por la consideración de una tercera  $x_3$ , que no se encontraba originariamente en el contexto. Esta condición determina algún tipo de "igualdad" entre las alternativas, en el sentido que las preferencias entre ellas no se alteran con la incorporación de nueva información (Allén, 1988); *principio débil del Pareto*: que significa el respeto a la unanimidad parcial sobre un par de alternativas.

Así, si una alternativa  $x_1$  es preferida a otra  $x_2$  en todos los estados individuales de preferencia, también el orden social debe establecer la preferencia de  $x_1$  sobre  $x_2$ ; *principio de no dictadura* no tiene que existir un individuo que, para todos los contextos posibles, sus preferencias se convierten en preferencias de la sociedad, independientemente de las preferencias de los demás individuos.

En relación a estas condiciones existe una fuerte controversia sobre su naturaleza. Tal como fueran formuladas por Arrow, se presentan como requisitos mínimos para incorporarse al lenguaje de las decisiones colectivas, y que adicionalmente suministran un criterio para su racionalidad. Para otros, constituyen los parámetros de una construcción artificial destinada a la formulación de juicios de valor, por ejemplo, a juzgar el papel de un criterio a ser asumido por un "observador imparcial" en su evaluación ética de una sociedad, que no puede justificarse por razones puramente conceptuales (Kliemt, 1985). Una de las consecuencias aquí es negar, precisamente, todo sentido a la extrapolación conceptual que se encuentra en la base de la teoría de la elección social.

Algunos de esos argumentos son discutidos más adelante en conexión con uno de los teoremas de imposibilidades que se han propuesto en la teoría de la elección social, a saber el denominado "paradoja del liberalismo". Hay que advertir, sin embargo, que la mayor parte de las controversias en el contexto de esa teoría versan sobre la manera de resolver, en el marco del formalismo, ese y otros teoremas de imposibilidad. Se llaman así, a las pruebas de inconsistencias a las que conduce, para algunos contextos o en general, el mantener simultáneamente todas las condiciones de adecuación: Un ejemplo bien conocido, presentado ya por Condorcet, es la paradoja de la votación: supóngase que hay que elegir por mayoría entre tres alternativas  $x_1$ ,  $x_2$  y  $x_3$ , y los electores son tres (o tercios de una población). Si se arriba al siguiente estado colectivo de preferencia, la regla de decisión no habilita una relación transitiva y, por lo tanto, una decisión racional:

$x_1$	$x_2$	$x_3$
$x_2$	$x_3$	$x_1$
$x_3$	$x_1$	$x_2$

En efecto, la alternativa  $x_1$  es preferida a  $x_2$ ,  $x_2$  es preferida a la alternativa  $x_3$ , pero  $x_3$  es preferida a  $x_1$ . Es más, este resultado, que puede ser adscrito en principio sólo al principio de la mayoría, puede ser generalizado. De acuerdo al famoso teorema de imposibilidad de Arrow, ninguna regla de decisión puede satisfacer simultáneamente todos los principios de adecuación, cuando hay que elegir entre más de dos alternativas (Arrow, 1963; Sen, 1970). La paradoja liberal es, sin embargo, independiente de los otros problemas de consistencia.

### 3. LA PARADOJA LIBERAL

#### 3.1. *Un problema en las constituciones democráticas*

Una condición de adecuación impuesta a la regla de decisión colectiva, v.g. una constitución, consiste en que debe respetar las preferencias individuales al máximo. De ello parece seguirse que toda constitución que a la hora de requerir justificación pretenda invocar la satisfacción de esa condición, debería estar basada en la regla de la unanimidad (Elster y Slagstad, 1989). Si se sostiene que el ejercicio del poder social, implicado en la toma de decisiones colectivas, sólo podría justificarse si depende de los actos voluntarios de consentimiento de todos los afectados, se tiene un buen argumento para sostener que la unanimidad es la *única regla* que puede justificarse. Esta es una conocida conclusión de los liberales extremos, como Buchanan (Sen, 1970). No obstante, además de las prácticas dificultades de implementar semejante regla en sociedades complejas, su adopción, como indica Arrow equivale a privilegiar la inacción como alternativa permanente, y por lo tanto a la preservación del status quo (Arrow, 1963).

La opción pragmática es el recurso a la regla de la mayoría que es la que efectivamente define a los procesos democráticos de decisión. Sin embargo, una constitución democrática no se limita al establecimiento de procedimientos para la toma de decisiones por mayoría. También establece límites con respecto a la clase de decisiones que pueden ser válidamente imputadas a la sociedad. Estos van dirigidos a la protección de intereses valiosos de las minorías, y en especial, al extremo constituido por cada individuo. La protección consiste básicamente en conceder, como condición mínima, el control personal y exclusivo sobre determinados tipos de comportamiento. Esto se expresa en la concesión de una lista de derechos individuales no modificable por la decisión de la mayoría. En la medida en que estos derechos se incorporan a una constitución, puede suponerse que tiene que tener efectos en la producción de resultados colectivos. La consistencia de todo el sistema parece depender, entonces, de la compatibilidad de ambas condiciones necesarias de una constitución democrática.

La regla de la mayoría implica el principio débil de Pareto porque este consagra la unanimidad en un par de alternativas como criterio de elección. Más aún, en principio, constituye una condición del máximo respeto a la libertad individual de los participantes en el proceso de elección, o de otra manera, un requisito sin el cual la adecuación con las preferencias, es imposible (Sen, 1979). Por consiguiente, Pareto débil debería ser compatible con la concesión de derechos. El contenido mínimo de un derecho a realizar el comportamiento A consiste en la libertad de realizar A o -A, esto es, equivale a la norma FA. Esta exigencia se puede expresar en el lenguaje de la teoría de la elección social mediante el *principio de liberalismo*: para cada individuo  $i$  existe al menos un par de alternativas  $(x, y)$ , tal que si ese individuo prefiere  $x$  a  $y$ , la sociedad prefiere  $x$  a  $y$ , y si el individuo prefiere  $y$  a  $x$ , entonces, la sociedad prefiere  $y$  a  $x$  (Sen, 1970a; Sen, 1970b). Ello significa

que  $i$  es decisivo sobre el par  $(x, y)$ . El principio del liberalismo tiene, en consecuencia, que ser consistente con la regla de la mayoría. Pero, precisamente, la paradoja propuesta por A. Sen, muestra que las condiciones de racionalidad colectiva, Pareto débil y principio de liberalismo son incompatibles.

### 3.2. La paradoja de Sen

Para demostrar este teorema de imposibilidad, Sen debilita el principio de liberalismo y propone en sustitución el *principio mínimo del liberalismo*, que inversamente refuerza el alcance del teorema. Para este principio basta suponer que al menos dos individuos 1 y 2 son decisivos sobre al menos un par de alternativas.

Supóngase que el individuo 1 es decisivo sobre el par  $(x, y)$  y que el individuo 2 es decisivo sobre el par  $(z, w)$ . El individuo 1 prefiere  $x$  a  $y$  y el individuo 2 prefiere  $z$  a  $w$ . Adicionalmente, *todos* en la sociedad, incluyendo a los individuos 1 y 2, prefieren  $w$  a  $x$  e  $y$  a  $z$ . Entonces, el estado de preferencia de 1 es:  $w P_1 x P_1 y P_1 z$ ; y el de 2:  $y P_2 z P_2 w P_2 x$ . Por la condición del liberalismo mínimo, la preferencia colectiva se formula:  $(x P_c y) \& (z P_c w)$ , por lo tanto, la condición de racionalidad colectiva exige que  $\neg(w P_c x)$ , esto es, que  $w$  no sea preferida a  $x$ . Pero, por el principio de Pareto:  $(y P_c z) \& (w P_c x)$ . Es decir,  $\neg(w P_c x) \& (w P_c x)$ . Ninguna alternativa es preferida o indiferente a las otras y por lo tanto el conjunto de elección es vacío y la decisión no puede resultar del orden colectivo de preferencias.

Las variables  $x, y, z$  y  $w$  son sustituibles por la descripción de estados de cosas que pueden resultar de las acciones individuales. Para ilustrar esa representación se puede presentar la paradoja con el ejemplo de Sen (en la versión de Kliemt, Sen, 1970a y 1970b; Kliemt, 1985). Se somete a la decisión de los individuos A y B, la lectura del libro "El amante de Lady Chatterley" de Lawrence. A es un mojigato y B un liberal. A prefiere que nadie lea el libro a leerlo él y excluir a B, lo que a su vez prefiere a que lo lea solamente B, lo que de todos modos prefiere a que lo lean los dos. Por su lado, B tiene exactamente las preferencias opuestas: quiere que lo lean los dos, en segundo lugar que A lo lea por razones de proselitismo, a leerlo solo, lo que, por último prefiere a que no lo lean ninguno de los dos. Por la condición del liberalismo, cada uno es decisivo sobre su propia acción de leer el libro. Se tienen entonces las siguientes preferencias individuales:

$$P(A) = -A \& -B \quad P(A) \quad A \& -B \quad P(A) \quad -A \& B \quad P(A) \quad A \& B.$$

$$P(B) = A \& B \quad P(B) \quad A \& -B \quad P(B) \quad -A \& B \quad P(B) \quad -A \& -B.$$

La preferencia colectiva  $P_c$  tiene que incluir por la preferencia de A y el liberalismo a:  $-A \& B$   $P_c$   $A \& B$ , y por la preferencia de B y el liberalismo a:  $A \& B$   $P_c$   $A \& -B$ . Por consiguiente, conforme a la exigencia de racionalidad se tiene que  $A \& -B$   $-P_c$   $-A \& B$ . Pero, nuevamente, por el principio de Pareto,  $A \& -B$   $P_c$   $-A \& B$ . En cualquier caso, en una situación semejante al

dilema de los prisioneros, ambos tienen una alternativa dominante de acción. A no va a leer el libro cualquiera sea la decisión de B, mientras que B lo leerá, cualquiera que sea la decisión de A. No obstante, existe una alternativa que ambos prefieren, a saber, A & -B.

### 3.3. *La crítica liberal*

los resultados de la paradoja de Sen afecta, en primer lugar, a la posibilidad de adoptar decisiones racionales colectivas, al menos, para determinados estados colectivos de preferencia y para ciertas configuraciones de las preferencias individuales. Ello resulta del supuesto del formalismo que concibe a los individuos aislados actuando de manera no cooperativa. Uno puede discutir, desde el punto de vista ético, el hecho de que, finalmente, las preferencias colectivas a las que eventualmente conduzcan esas preferencias contingentes de los individuos tenga que determinar la acción colectiva. Para mejorar ese resultado, habría que tomar en cuenta, más bien las preferencias moralmente "ilustradas" de la gente. Este es, por cierto, un enfoque plausible, propuesto incluso por el mismo Sen, sobre el que no me detendré, porque aquí interesa primordialmente la relación formal de la coherencia entre acciones y preferencias *actuales* (Sen, 1974; Allen, 1988). Después de todo, por un lado, esa alternativa supone el abandono de la condición de dominio irrestricto, incorporada al principio de racionalidad colectiva; y por otro, la pregunta en este trabajo apunta a la manera en que la paradoja afecta a una constitución democrática, cuya función consiste, justamente, en extrapolar a la sociedad esas preferencias.

Desde el otro extremo, desde el punto de vista de los liberales individualistas "estrictos", se puede sostener que no sólo el juicio de valor sobre las acciones que se deben realizar dependen exclusivamente de los intereses subjetivos, sino además, que la propia noción de "racionalidad colectiva", carece de sentido. La paradoja, en consecuencia, vendría a tratarse de un problema interno al paradigma colectivista que se encuentra implícito en la lógica de las decisiones colectivas, pero ello no involucra a los derechos liberales de acción. En términos de la relación "racionalidad individual", medida por la eficiencia en la satisfacción de las preferencias personales, versus "racionalidad colectiva", este argumento general implica que una supuesta irracionalidad colectiva no puede afectar la racionalidad de los individuos que actúan en ejercicio de sus derechos liberales. Las que siguen son algunas de las objeciones sustanciales a la paradoja, desde la perspectiva liberal:

a) El derecho liberal a realizar la acción A o la acción -A no es equivalente a una facultad de *decidir* la relación de preferencia en un orden colectivo (Nozick, 1974). Los derechos son ejercitables de manera conjunta y en la medida en cada ejercicio conduce a un estado del mundo fija los límites de las alternativas en las que es posible un orden colectivo de preferencia. Por consiguiente, los derechos otorgados a los individuos obran para des-

cartar alternativas colectivas. Ello puede entenderse en el sentido que los estados de preferencia colectivos no incluyen determinados estados individuales de preferencia. Nozick dice: una vez que el individuo es titular del derecho a realizar la acción A, la alternativa A o -A no puede ser evaluada colectivamente.

b) La paradoja resulta de una valoración colectivista de las preferencias individuales incompatible con el liberalismo estricto. Según este último, una acción individual sólo se justifica hipotéticamente en relación a los intereses individuales. El resultado del ejercicio de derecho sólo puede ser evaluado conforme del sistema de valores individual y por consiguiente, también la racionalidad de la acción. La "lógica de la decisión colectiva" a la que pertenece el principio de Pareto, supone un juicio supuestamente "objetivo" sobre los resultados de las acciones individuales: esto es, el punto de vista de un "observador imparcial". Este no es el marco conceptual en el que se afirman derechos individuales (Kliemt, 1987).

c) Las "alternativas" a las que se refiere la paradoja de Sen no son resultados del ejercicio de acciones individuales sino "perfiles de resultados" que son producto de la interacción. La manera en que se ordenan esos "resultados" en un estado de preferencia colectiva son directamente para la perspectiva individualista, irrelevantes (Kliemt, 1985).

d) Desde el punto de vista individualista y, por consiguiente, desde el punto de vista de las valoraciones individuales, la cuestión básica consiste en saber en qué condiciones va a aceptarse la intervención de una decisión colectiva. Esto relativiza también la fuerza del argumento de Sen porque planteadas así las cosas, la cuestión de saber si va a aceptarse o no, un principio de decisión colectiva, como el de Pareto, se remite a un juicio individual acerca de la eficiencia de la elección, medida de acuerdo a las preferencias individuales. De esta forma, una supuesta incompatibilidad entre distintas exigencias "colectivas" no es una cuestión de "lógica" —esto es, un problema sobre lo "racional colectivo"— sino una cuestión de "costos": es la situación de un actor que tiene que elegir entre alternativas excluyentes (Kliemt, 1987).

#### 4. LAS FUNCIONES DE UNA CONSTITUCION

##### 4.1. *El alcance de la crítica*

No parece que estas objeciones puedan eliminar el problema, al menos dentro del paradigma conceptual que mide la racionalidad de las colectivas conforme el criterio de consistencia con las preferencias individuales. La tesis de la prioridad de los derechos puede ser entendida de dos formas:

a) La concesión de un derecho a un individuo para realizar la acción A determina la eliminación de las alternativas A o -A del orden social de preferencia. Esta es la versión literal del argumento de Nozick. Ello significa que la evaluación colectiva sólo puede realizarse sobre las alternativas de

estados del mundo que no sean excluidas por el otorgamiento de derechos. Pero, la facultad de optar sólo puede entenderse en el sentido de que el titular del derecho es *decisivo* en la elección entre A y -A. Supongamos que elige A. Pero el resto de la sociedad también actúa y produce un resultado colectivo R que tiene que agregarse a la descripción del mundo, que ahora es A & R. Y aún cuando se suspenda arbitrariamente la evaluación colectiva, la paradoja indica que *puede* existir otra alternativa del estado del mundo, digamos -A & R, que *todos*, incluyendo el titular del derecho prefieran cuya producción depende de la acción individual. Ello es así, porque si ese resultado no es también mejor para el titular del derecho, entonces no se aplica el principio de Pareto.

b) Ello sucede porque según la propuesta de Nozick la concesión del derecho no significa eliminar las alternativas A y -A de la preferencia colectiva, sino eliminar el principio de Pareto como criterio de elección. Pero es el caso que la decisión del titular del derecho sobre el par A y -A, se convierte ipso facto en un resultado colectivo, porque necesariamente se combina con los resultados de las otras acciones individuales en el tiempo T. Lo que significa que la regla de conformación de la preferencia colectiva, es decir, el principio de Pareto, es distinta de la regla eventual mediante la que se va a determinar la acción colectiva, si es que subsiste un ámbito de resultados elegibles después que cada titular ejerce sus respectivos derechos: supóngase que se tienen dos resultados colectivos  $x_1$  y  $x_2$  y que todos en la sociedad prefieren  $x_1$  a  $x_2$ . Sin embargo, de acuerdo con Nozick, si  $x_1$  y  $x_2$  difieren entre sí con respecto a la acción A o -A de un titular de derechos, no hay elección social que hacer entre ambos resultados. En consecuencia, si finalmente la acción individual conduce al resultado  $x_2$  (porque se realiza -A), la alternativa elegida no es la mejor de las posibles, de acuerdo a las preferencias de *todos* los individuos y la paradoja subsiste (Sen, 1976). Obviamente, ello sucede porque las *preferencias actuales* no se alteran por la mera restricción de la clase de resultados de la interacción que pueden ser elegidos por una regla colectiva.

c) La crítica de Kliemt significa que cada individuo decide aisladamente, conforme sus sistema de valores si va a hacer A o -A. Es indiferente ante los resultados de interacciones. Y las "alternativas" colectivistas no son acciones de individuos sino "perfiles de estrategias" para cada individuo. Supuestamente, la racionalidad individual (que se mide individualmente) no queda afectada por un resultado colectivo ineficiente. Pero los individuos no pueden prescindir al elegir entre A y -A de esa información estratégica porque de hecho, no actúan aislados aunque lo hagan en forma de no cooperativa. El resultado de la interacción no puede ser indiferente. Así, lo muestra un argumento de Hansson (Hansson, 1977), con respecto a resultados colectivos  $x_1, x_2, x_3, x_4$ :

$x_1 = A \& B \& S$	10
$x_2 = A \& -B \& S$	0
$x_3 = -A \& B \& S$	9
$x_4 = -A \& -B \& S$	9

Con A y B se representan resultados acciones de individuos; con el S la descripción del resto del mundo y la escala mide valores relativos de cada resultado. Si A & B & S es un mejor resultado para todos, entonces también lo es para cada individuo, con independencia de la acción que realice. De la misma forma, A & -B & S es el peor para todos y cada uno, porque comparan la escala de preferencias. Si el resultado es ineficiente colectivamente también lo es para cada individuo. Y esto es lo que afirma la paradoja liberal. El dilema de los prisioneros —cuya estructura es semejante a la paradoja liberal— pone en tela de juicio, justamente, la eficiencia individual del comportamiento no cooperativo.

d) Por último, si se trata de elegir individualmente principios de decisión colectiva, no existe meramente un problema de “costos”. Para la decisión individual es preciso optar entre alternativas de “principios” conforme al mejor resultado individual que esperable de esa elección. Pero la medida de ese resultado, como consecuencia de la inevitable interacción, no puede prescindir de la forma en que cada condición colectiva conduce a resultados colectivos alternativos. Precisamente, la paradoja es realmente interesante, si *todas* las condiciones son igualmente plausibles (Hylland, 1989).

#### 4.2. *La constitución como marco de estrategias individuales*

En la medida en que estos contrargumentos muestran la aparente subsistencia de la paradoja, el liberal estricto consecuente podría insistir que, precisamente, ella muestra la imposibilidad de hablar de racionalidad colectiva. Su punto de vista tiene, entonces, que tener consecuencias en la manera de entender el papel de una constitución. Los individuos están interesados en realizar determinadas acciones con el fin de llegar a determinados resultados individuales y no de establecer valoraciones colectivas. Estas son directamente irrelevantes para un comportamiento estratégico guiado por los intereses personales. De aquí entonces, que la concesión de derechos individuales establecidos en una constitución, sólo tiene importancia individual en la medida en que el derecho a hacer A o -A viene a significar que la opción no apareja para el individuo inconveniente jurídico alguno (Kliemt, 1985). El resultado de la acción no está condicionado por un juicio de valor sobre la propia institución del otorgamiento de derechos. El es, su racionalidad no se mide de acuerdo a una escala de preferencia colectiva construida de acuerdo con el principio del liberalismo estricto, sino por la coherencia del actor con su personal sistema de valores.

Para esta perspectiva, la función de una constitución C es la de constituir una regla de juego relevante para la interacción social, que fija el límite de las estrategias individuales admitidas. Cada acción individual conduce a un perfil de estrategias que culminan en un cierto resultado, en cada realización concreta del juego. Pero, según Kliemt, la constitución no se pronuncia con respecto a la posición relativa de cada resultado dentro de un orden colec-

tivo de preferencia. Esta cuestión es competencia exclusiva de cada titular del derecho individual y relativa a sus propias preferencias.

Por lo tanto, si el individualista consecuente tuviera que elegir entre constituciones alternativas, tampoco debería importarle su evaluación desde el punto de vista de las relaciones entre preferencias individuales y colectivas que son posibles bajo una u otra constitución. Lo que interesa son las reglas de juego, y cada lista de derechos lo que determina es la posibilidad de estrategias individuales diferentes, de manera que cada uno sabe de qué manera *podrá* realizar la satisfacción de sus preferencias contingentes, aunque anticipadamente no conozca cuales serán ni sus posiciones relativas en cada situación de interacción (Kliemt, 1985).

Si se asume este escepticismo extremo, habría que concluir, como Kliemt, que una constitución no desempeña función alguna a la hora de proporcionar criterios de racionalidad sobre resultados de acción. Estos criterios son funcionales únicamente a las preferencias aisladas de los individuos que actúan en ejercicio de sus derechos. De manera que un resultado colectivo deplorable mediante cualquier otro estandard como la eficiencia o la justicia, puede idealmente estar determinado por un conjunto de acciones individuales estratégicamente racionales.

#### *4.3. Los derechos constitucionales como decisiones colectivas de preferencia*

Se trata, por cierto, de una grave conclusión toda vez que elimina toda posibilidad de hablar con sentido de justificación de acciones colectivas y, por tanto, también de justificar el procedimiento democrático de la mayoría. No se trata solamente de que *algunos* resultados colectivos serán irracionales, lo que también es plausible en relación a cualquier acción individual. La conclusión es mucho más fuerte: los teoremas de imposibilidad, como el de la paradoja del liberalismo, lo que vendrían a mostrar es la necesidad de eliminar toda referencia a la propia noción de "racionalidad" colectiva.

Sin embargo, al menos en lo que se refiere a esa paradoja y a la función de los derechos individuales establecidos en una constitución, semejante conclusión puede ser puesta en tela de juicio. Para ello, es viable incorporar distinciones no usuales en el formalismo estándar, pero son compatibles con la propia teoría de la elección social y por el otro, es preciso alterar la noción de "individuo decisivo" de la que parte el principio del liberalismo como criterio de elección colectiva.

Uno puede partir del supuesto que lo único que se requiere para justificar una acción colectiva es una escala de preferencia colectiva con un conjunto de elección no vacío. La escala constituye un orden porque se usa una regla que Arrow denomina sistema de valor que habilita la jerarquización de alternativas de resultados colectivos. Pero lo que se entienda aquí por alternativa es todavía impreciso. El modelo asumido para esta discusión, esto es, el modelo de las decisiones institucionales colectivas suministra un criterio

para formular distinciones relevantes entre dos sentidos de "alternativa". Como las alternativas posibles son resultados de acciones posibles, y es viable hablar de acciones "genéricas" y acciones "específicas", entonces existen alternativas genéricas y alternativas específicas.

Una acción genérica es una clase de acciones y una acción específica es una acción que puede tener lugar en un cierto tiempo y un cierto espacio y que pertenece a *alguna* clase de acciones, esto es, a alguna acción genérica. Mi actual acción de fumar pertenece a la acción genérica "fumar"; la clase integrada por todos los actos de fumar. De manera que cuando se dice que hay que elegir entre las alternativas de fumar y no fumar, hay que elucidar si hay que elegir entre las acciones genéricas "fumar" y "no fumar" o entre las acciones específicas de fumar o no fumar ahora, o en cualquier otra localización temporal o espacial.

Correlativamente, es notorio que se pueden adoptar decisiones que consisten entre elegir entre alternativas específicas, por un lado, o entre alternativas genéricas por el otro. Una decisión en favor de la alternativa genérica "fumar", por ejemplo, significa tomar partido en favor de una serie indeterminada de acciones de fumar específicas. La acción será racional si está determinada por un sistema de valores que ordene en la relación de preferencia las alternativas del contexto. No es relevante si el contexto está compuesto solamente de alternativas genéricas o también de alternativas específicas, porque la acción de una alternativa genérica habilita de igual forma la acción inmediata.

Las normas generales de un sistema jurídico pueden ser pensadas, como fue indicado precedentemente, como escalas de preferencia sobre definidas alternativas genéricas de comportamiento. A su vez, la regla de procedimiento democrático de elección incorporada en las constituciones permite elegir una alternativa específica en una serie ilimitada de contextos. Alternativa que puede consistir en elegir o no elegir, a su vez, una norma general que funcione para evaluar colectivamente ulteriores alternativas genéricas. No fija directamente cual será la alternativa a elegir, la que va a depender de la escala de preferencia colectiva que eventualmente determine cada utilización concreta de la regla de elección social. Pero hay un límite al dominio de su aplicación establecido por la propia constitución: precisamente, los derechos liberales de acción otorgados para que cada individuo, conforme a su propia estrategia, opte por la acción A o por la acción -A. Por lo tanto, tiene razón Nozick, cuando afirma que la opción individual está excluida de la regla colectiva de decisión. Pero ello no significa que se encuentre excluida de toda evaluación colectiva de preferencia.

Precisamente, la constitución suministra esa evaluación al conceder derechos individuales de acción, porque en tal caso se pronuncia sobre alternativas genéricas de comportamiento. Ello es evidentemente plausible en lo que respecta a la concesión de derechos individuales de acción. Un derecho para que individuo *i* opte por la acción A o por la acción -A, es equivalente a la concesión de la facultad para realizar A o no A, esto es, a la norma FA. Interpretada en términos de la relación de preferencia, significa que tanto A como -A son alternativas indiferentes. Como se tratan de alternativas gené-

ricas, por el carácter general de las normas constitucionales, entonces quiere decir que la sociedad es indiferente a que cada individuo realice A o -A, en una serie indefinida de ocasiones. Por consiguiente si, actualmente, la sociedad, mediante sus instituciones colectivas de decisión, tiene que elegir entre las alternativas R y -R, y opta por mayoría por R, entonces, para cada acción individual y específica A, los resultados R & A y R & -A, tienen que ser considerados socialmente *indiferentes*, mientras no se modifique la constitución.

No obstante, para que esta interpretación altere el resultado paradójico propuesto por Sen, es preciso un paso adicional. Para Sen, los derechos requieren que cada titular se considere decisivo sobre cada par de resultados colectivos en los que intervienen su acción individual. Si ello es así, habría que admitir que el titular de la acción A tiene que ser decisivo entre el par R & A y R & -A, porque precisamente difieren por el resultado de su propia acción. Pero esta exigencia es operativa *después* que la sociedad ha elegido R pero no se justifica *ex ante*, cuando las alternativas con respecto a R y A son R & A; R & -A; -R & A; -R & -A. Las cuatro alternativas involucran la acción A del titular del derecho, pero este no puede determinar con su acción *un* determinado resultado. Simplemente porque sólo controla la dimensión A de cada resultado colectivo. De manera que en verdad, sólo controla dos subconjuntos de resultados colectivos: por un lado, A & R y A & -R; por el otro, -A & R y -A & -R. Porque su acción A sólo puede, de hecho, determinar que el resultado final sea o bien A & R p bien A & -R, y su acción -A, sólo puede conducir a -A & R o a -A & -R. La dimensión R depende de la decisión del titular de la acción respectiva, en el caso, la sociedad. Ello muestra que el requisito impuesto por Sen en el principio del liberalismo es, por un lado, demasiado riguroso y conduce a que sobre un mismo par de resultados colectivos (x,y) una serie indefinida de individuos —aquellos que puedan participar con su acción en la producción de x o de y— *tengan todos que considerarse decisivos*. Por otro, si lo que se requiere en la concesión de un derecho, es el respeto a la preferencia individual sobre *una alternativa de acción*, semejante condición no es necesaria. Como el titular de A puede elegir su propia acción —lo que precisamente significa tener un derecho de actuar— no hay razón alguna para que además pueda ser *decisivo* en la preferencia sobre un determinado resultado colectivo, que está fuera del alcance de su acción. Es más, ello vendría a importar que cada titular de un derecho pueda imponer sus preferencias sobre las acciones de los otros, en especial, sobre las acciones democráticamente elegidas por la mayoría, en este supuesto, la acción R.

Esta consecuencia se evita si el carácter decisivo de cada individuo titular de un derecho en la elección social se define, no sobre un par de alternativas, sino el par de subconjuntos que controla. Puede elegir entre A y -A, y es *decisivo* entre los subconjuntos que incluyan A por un lado y -A por el otro. Si opta por A, el resultado final que respete su derecho y su preferencia, tendrá que estar incluido entre los resultados que incluyen A. Lo mismo, si elige -A. Pero no puede imponere su preferencia individual sobre R y por lo tanto, sobre un definido resultado que involucre R.

Consecuentemente, la sociedad puede elegir entre R o -R con la regla de acción colectiva sin afectar los derechos individuales a realizar A o -A. Su decisión sólo determina una dimensión del resultado colectivo final, las otras, por ejemplo la dimensión A, van a depender de las preferencias individuales sobre sus *propias* acciones de los respectivos titulares de derechos. De manera que si el individuo *i* opta por A el resultado será R & A y si elige -A, será R & -A. Esta interpretación es claramente compatible con el principio del liberalismo, toda vez que las decisiones individuales no son afectadas por medidas colectivas. Pero no tiene porqué conducir a un resultado colectivo paradójico, porque la sociedad, en la elección previa que resulta en la constitución, ha establecido un orden según el cual las alternativas de acción individual son genéricamente indiferentes. Que estén ahora excluidas de la decisión de la mayoría significa que no están sometidas a una nueva evaluación colectiva, cualesquiera sean las alteraciones contingentes de las preferencias. Entonces, la sociedad tiene un criterio de elección racional, porque todos los resultados que incluyan a la opción elegida R integran su conjunto de elección, por cuanto tienen que ser considerados recíprocamente indiferentes. Es posible que la acción del individuo *i* sobre A o no A no se impute a la sociedad sobre la base de las convenciones existentes. Pero, ello además de constituir una elección de lenguaje, no modifica la naturaleza de la conclusión porque el resultado individual puede integrar también la descripción del resultado colectivo.

Desde el punto de vista individual, la constitución sigue cumpliendo el papel de un marco de reglas de juego para acciones estratégicas. Ambas versiones no son incompatibles. Ello quiere decir que la evaluación colectiva sobre alternativas genéricas que resulta de la constitución, puede coexistir actualmente con problemas de coordinación interindividual, provocados por el ejercicio individual de derechos, que no podrán ser resueltos mediante una ulterior decisión social.

Barcelona, mayor de 1991

BIBLIOGRAFIA

1. Aanund Hylland: "The Purpose and significance of social choice theory: some general remarks and an application to the Lady Chatterley problem", en Jon Elster y A. Hylland: *Foundations of social choice theory*, Cambridge, 1989.
2. Allen, Tuovi: "The Impossibility of the Paretian Liberal and its Relevance to Welfare Economics", en *Theory and Decision*, nº 24, 1988.
3. Arrow, Kenneth: "*Social Choice and individual Values*", Yale University Press, New Haven and London, 1963.
4. Arrow, Kenneth: "Values and Collective Decision-making", en Laslett, Peter y Runciman W. (ed.): *Philosophy, Politics and Society*, Basil Blackwell, Oxford, 1967.
5. Atienza, Manuel: "For a Theory of Legal Argumentation", en *Rechtstheorie*, 21, 1990.
6. Becker, Werner: "Los Significados Opuestos del Concepto de Consenso", en Garzón Valdés Ernesto (ed.): *Derecho y Filosofía*, Alfa, Barcelona, 1985.
7. Caracciolo, Ricardo: "Racionalidad Objetiva y Racionalidad Subjetiva", en *Doxa*, nº 4, Alicante, 1987.
8. Caracciolo, Ricardo: *Sistema Jurídico. Problemas actuales*, Madrid, 1988.
9. Coleman, James: *Foundations of Social Theory*, Cambridge, 1990.
10. Elster Jon and Slagstad Rune: *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988.
11. Hansson, Bengt: "The Dependency of Deontic Logic upon the General Theory of Decision", en A. G. Conte, R. Hilpinen, G. H. Von Wright (ed.): *Deontische Logik und Semantik*, Wiesbaden, 1977.
12. Kliemt, Hartmut: "Acerca de la Coherencia de un Liberalismo Individualista Estricto", en Garzón Valdés E. (Ed.): *Derecho y Filosofía*, Alfa, Barcelona, 1985.
13. Kliemt, Harmut: "Unanimous Consent, Social Contract and the Sceptical Ethics of Economists", en *Rechtstheorie*, 18, 1987.
14. Nozick Robert: *Anarchy, State and Utopia*, Oxford, 1974.
15. Searle, John: *Speech Acts*, London, 1970.
16. Sen, Amartya: "The impossibility of Paretian Liberal", en *Journal of Political Economy*, 78, 1970.
17. Sen Amartya: *Collective Choice and Social Welfare*, San Francisco, 1970.
18. Sen Amartya: "Choice, ordenings and morality", en S. Korner (ed.): *Practical Reason*, Oxford, 1974.

19. Sen Amartya: "Liberty, Unanimity and Rights", en *Economica*, 43, 1976.
20. Sen Amartya: "Utilitarianism and welfarism", en *Journal of Philosophy*, 9, 1979.
21. Studniki Franciszek: "On Institutional Decisions", en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, LVII/4.
22. Von Wright: *Norm and Action*, Oxford, 1963.