

UTILITARISMO, ECONOMÍA Y TEORÍA DEL DERECHO*

Richard A. Posner

En este trabajo ya clásico acerca de las relaciones que es posible trazar entre el análisis legal y el económico, Richard Posner propone el criterio de “maximización de la riqueza” como una norma económica que proveería una base sólida para una teoría prescriptiva del Derecho. A su juicio, la economía y el utilitarismo son cuestiones distintas, por lo que buena parte de las críticas dirigidas al análisis económico del Derecho son incorrectas, ya que, precisamente, ellas han confundido ambos conceptos. Enfatizando esta distinción, Posner rescata frente a la crítica el uso de la teoría económica para explicar y, a veces, justificar instituciones y principios jurídicos tales como el de la responsabilidad civil (*torts*) y el Derecho de los contratos. Esta tarea, sostiene, es posible gracias a que siendo la teoría

RICHARD A. POSNER. Profesor de derecho y titular de la Cátedra Lee y Brena Freeman, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago y miembro del Grupo de Investigadores Superiores del Center for the Study of the Economy and the State de la Universidad de Chicago. Agradezco a Bruce Ackerman, Gary Becker, Gerhard Casper, Richard Epstein, Charles Fried, Kent Greenawalt, Anthony Kronman, Frank Michelman y George Stigler sus útiles observaciones a versiones anteriores de este trabajo; y a Robert Bourgeois y Donna Patterson la valiosa ayuda que me prestaron como ayudantes de investigación.

* “Utilitarianism Economics, and Legal Theory”, *Journal of Legal Studies*, VIII (1) (enero 1979). Traducido al castellano por *Estudios Públicos* con la debida autorización.

En la presente edición de *Estudios Públicos* se incluye asimismo el artículo de Ronald Dworkin “¿Es la riqueza un valor?”, en el que Dworkin cuestiona los planteamientos de Richard A. Posner.

económica algo distinta al utilitarismo, el criterio de “maximización de la riqueza” constituye un horizonte justificatorio inmune a la crítica del utilitarismo.

En este artículo Posner recorre el siguiente camino: primero, hace un trabajo de elucidación conceptual, destacándose en él la distinción entre un tipo de análisis positivo o descriptivo, y otro normativo o descriptivo. Luego examina las diferencias que es posible advertir entre el utilitarismo y la maximización de la riqueza, entendidos ambos como sistemas normativos. Por último, Posner enfoca algunos problemas legales desde la óptica de un análisis económico que no está superpuesto con el utilitarismo.

Es conocida la influencia que Richard A. Posner —profesor y juez del Séptimo Circuito federal norteamericano— ha ejercido en la reflexión jurídica anglosajona y continental durante los últimos veinte años. Concebido como un nuevo paradigma jurídico, el análisis económico del Derecho (*Law & Economics*) tiene en Posner uno de sus más lúcidos exponentes. Este artículo provocó una interesante controversia en la academia norteamericana, en la que Ronald Dworkin intervino cuestionando el supuesto valor moral de la maximización de la riqueza.

Entre quienes critican con mayor rigor que se utilice la teoría económica para explicar, e incluso para justificar, los principios de la responsabilidad extracontractual, de los contratos, del pago de indemnización y de otros aspectos del derecho jurisprudencial angloamericano [*judge-made law*]¹, se cuentan aquellos que atacan el soporte económico de la teoría sosteniendo que es una versión del utilitarismo². Lo primero que hacen es equiparar la economía al utilitarismo y, a continuación, atacan éste. No corresponde aquí que me pronuncie sobre si utilizan este método porque les acomoda más la terminología de la filosofía que aquella de las ciencias sociales, o porque desean aprovechar la actual hostilidad de la

¹ Véase, por ejemplo, Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* (1977, 2a. ed.) [en adelante *Economic Analysis of Law* (1977)] y referencias allí citadas; y respecto de algunas adiciones recientes a la bibliografía, Anthony T. Kronman (1978); William M. Landes y Richard A. Posner (1978); y George L. Priest (1978). Utilizo la expresión “jurisprudencial” en vez de “common law” a fin de evitar explicaciones evasivas de los juristas respecto del sentido técnico de esta última expresión.

² Para ejemplos recientes, véase Richard A. Epstein (1978), p. 645, n. 35; y Epstein (1979), pp. 74-75.

filosofía frente al utilitarismo³. Lo importante es determinar si utilitarismo y economía son realmente la misma cosa. A mi juicio no lo son y, más aún, pienso que la norma económica que denominaré “maximización de la riqueza” ofrece una base más sólida que el utilitarismo para formular una teoría normativa del Derecho. En el presente trabajo desarrollo estos planteamientos.

En la Parte I se examinan varias cuestiones preliminares, incluida la distinción entre análisis positivo y análisis normativo (y dentro de esta última categoría, entre tipos de alegatos normativos) y los criterios para optar por una teoría ética sobre otra. La Parte II, que constituye el meollo del trabajo, se refiere a las diferencias entre el utilitarismo y la maximización de la riqueza como sistemas normativos. También se examina, aunque muy someramente, la alternativa kantiana⁴. Hago hincapié en la diferencia entre capacidad de sentir placer y producir para los demás como elementos claves para distinguir entre el utilitarismo y la maximización de la riqueza como sistemas éticos. En un apéndice se tratan algunas cuestiones normativas que se plantean con frecuencia en el campo del Derecho, desde el punto de vista de un análisis económico que se distingue cuidadosamente del utilitarismo.

I. INTRODUCCIÓN

A. Evolución del problema

La equiparación entre utilitarismo y economía (tan dada por sentada hoy que es más probable que sea asumida antes que explicada⁵) está explicada en una reciente conferencia de H. L. A. Hart. Según Hart, yo reconozco que el análisis económico del Derecho se inspira en el utilitarismo⁶.

³ A manera de ejemplo de la tendencia de la filosofía moderna a desechar el utilitarismo, véase Robert Nozick (1974), p. 201, y Bernard Williams (1967), pp. 149-150.

⁴ Me sumo a Bruce A. Ackerman (1977), pp. 71-72, en cuanto a utilizar el término “kantiana” para referirme a una familia de teorías éticas conexas que, rechazando toda forma de consecuencialismo, se basan en cambio en ideas relativas a la autonomía humana y al respeto por sí mismo. Estas teorías no necesitan aproximarse demasiado al pensamiento de Emanuel Kant.

⁵ Véase, por ejemplo, Epstein, *supra*, nota 2; asimismo, Ackerman (1977), pp. 64-65, 214-215, comentadas en James E. Krier y Gary T. Schwarz (1978), pp. 1299-1300, nota 33; p. 1301, nota 43. En una interesante nota a pie de página, Ackerman sugiere que una de las versiones de la economía del bienestar puede equipararse con la ética kantiana. Véase Ackerman (1977), nota 11.

⁶ H. L. A. Hart (1977), pp. 987-988.

No obstante que, incluso cuando lo dijo, esto no explicaba en forma muy exacta mi posición⁷, el error de Hart es comprensible, ya que hasta hace poco yo no distinguía bien entre ambos sistemas de pensamiento⁸.

En realidad, es fácil confundirlos. El utilitarismo, según se le concibe ordinariamente y según utilizaré el término en el presente trabajo⁹, plantea que el valor moral de una acción (o de una práctica, institución, ley, etc.) debe apreciarse por sus efectos en cuanto a promover la suma de la felicidad —“el excedente de placer por encima de dolor”¹⁰— que experimentan todos los habitantes (en algunas versiones del utilitarismo, todos los seres sensibles) de la “sociedad” (que podría ser una sola nación, o todo el mundo). La economía normativa postula que una política, ley, etc., debe juzgarse según sus efectos en cuanto a promover el “bienestar”, y este término suele definirse en forma tan amplia como para que sea prácticamente sinónimo del concepto utilitarista de felicidad (con la salvedad que, por lo general, el concepto de bienestar no incluye las satisfacciones de los seres no humanos). La identificación de la economía con el utilitarismo se ha fortalecido por la tendencia de los economistas a emplear el vocablo “utilidad” como sinónimo de bienestar¹¹, como en la expresión “maximización de la utilidad”; y por el hecho de que muchos teóricos destacados del utilitarismo, tales como Bentham y Edgeworth y John Stuart Mill, también eran economistas de nota. Además, muchos seguidores de la “economía del bienestar” (que es la denominación más corriente que se da actualmente a la economía como disciplina normativa) consideran que su actividad constituye un utilitarismo aplicado¹².

⁷ Véase Posner (1976), pp. 569, 591 nota 60.

⁸ Compárese Posner, *Economic Analysis of Law* (1977), p. 12 con Posner, *Economic Analysis of Law* (1a. ed., 1973), p. 357.

⁹ Suele utilizarse de manera más general para referirse a cualquier teoría ética consecuencialista. Empleada así, abarcaría la teoría económica normativa que se desarrolla en el presente trabajo.

¹⁰ Henry Sidgwick (1907, 7a. ed.), p. 413.

¹¹ Hay que distinguir un uso especial del término utilidad en economía. Se dice que dos resultados son diferentes en cuanto a utilidad pero no en cuanto a valor cuando su valor actuarial es el mismo, esto es, igual al que tiene para una persona neutral en materia de riesgo, pero la persona que elige entre los resultados no es neutral en este sentido. Así, se dice que la certeza de ganar \$ 1 y un 10% de posibilidades de ganar \$ 10 tienen igual valor, pero la persona que no desee correr riesgos, optaría por —esto es, obtendría mayor utilidad de— la seguridad de ganar \$ 1. Esta idea de utilidad es compatible con el criterio puramente económico de abordar las cuestiones de valor en su sentido amplio; como se verá, la utilidad entendida como felicidad no lo es.

¹² Respecto de la base utilitarista de la economía del bienestar, véase, por ejemplo, I. M. D. Little (1957, 2a. ed.), p. 42; y A. G. Pigou (1962, 4a. ed.), p. 20. Véase, en general, American Economic Association (1969).

Explicitaré la norma económica que se conoce como “maximización de la riqueza”. Sostendré que es posible distinguirla en formas éticamente significativas del ideal utilitarista y de las formas de la economía del bienestar derivadas del utilitarismo. Sin embargo, conviene tener presente que incluso concebida como utilitarismo aplicado, la economía es un campo de actividad intelectual distinto del utilitarismo filosófico, ya que ella tiene un vocabulario técnico, teoremas, metodología, etc., que tal vez sean desconocidos para el filósofo utilitarista, del mismo modo que un físico podría no tener conocimientos de ingeniería eléctrica. La historia del utilitarismo y de la economía en la teoría del Derecho deja esto en claro. Al decir que el análisis económico del Derecho se inspira en el utilitarismo, H. L. A. Hart sugería que el utilitarismo es anterior a la economía. Tratándose de teoría del Derecho (como era el caso de Hart), ésta es la secuencia correcta, no así si se está hablando de economía en términos más generales. Adam Smith, fundador de la economía moderna, no fue utilitarista¹³. Aunque los orígenes del utilitarismo, como aquéllos de la economía, son anteriores a la *Riqueza de las Naciones* —se encuentran en los escritos de Priestley, Baccaria, Hume y otros—, el utilitarismo no alcanzó un grado de desarrollo comparable al de la economía smithiana hasta que apareció la obra de Bentham, que pertenece a la generación posterior a Smith. Sin embargo, ya en la época de Bentham la teoría del Derecho comenzó a acusar los efectos del utilitarismo, mientras que la economía no influyó realmente en la teoría del Derecho (salvo en algunos campos tales como las leyes antimonopólicas en que la norma jurídica era expresamente económica) hasta la década de 1960.

A estas alturas, el utilitarismo había penetrado con fuerza en la imaginación jurídica¹⁴. La teoría de la sanción penal era abiertamente utilitaria¹⁵. En la esfera de la adjudicación constitucional, el rechazo del concepto de derechos “absolutos” en favor del equilibrio de los intereses en juego no sólo tenía un marcado sabor utilitarista¹⁶, sino que reflejaba un énfasis general en cuestiones de *política* —sobre la base de consideraciones utilitaristas— como elementos determinantes de las normas y decisiones legales. La responsabilidad extracontractual y los contratos también se

¹³ Respecto del punto de vista ético de Adam Smith, véase su obra *The Theory of Moral Sentiments* (1969, E. G. West, ed.); R. H. Coase (1976), desde p. 529; James M. Buchanan (1976), desde p. 1; Donald J. Devine (1977), desde p. 399; y pp. 231-232, 247-248 *infra*.

¹⁴ Véase, por ejemplo, Henry M. Hart y Albert Sacks (1958, 10a. ed.), pp. 113-114.

¹⁵ Véase, por ejemplo, Herbert L. Packer (1968), en especial el Cap. 13.

¹⁶ Para un buen ejemplo en el campo de la libertad de expresión, véase *United States vs. Dennis*, 183 F 2d 201, 212 (2d Cir. 1950) (L. Hand, J.), confirmada, 341 U.S. 494 (1951).

abordaban en términos utilitaristas¹⁷. Ames había expresado que: “el derecho es utilitarista. Existe para satisfacer necesidades razonables de la comunidad. Si los intereses de una persona son contrarios al principal objetivo del Derecho, hay que sacrificarlos”¹⁸.

Pese a su fe en el utilitarismo, los juristas rara vez utilizaban explícitamente conceptos económicos. En general, puede decirse que los esporádicos intentos por abordar el Derecho desde un punto de vista “económico” fueron más bien seudoeconómicos¹⁹. Con todo, algunos de los escritos de la época (esto es, anteriores a los años sesenta) revelan un conocimiento intuitivo de la teoría económica²⁰, y lo mismo puede decirse de numerosos fallos judiciales²¹.

Así pues, aunque hasta hace poco el utilitarismo dominaba la teoría del Derecho, rara vez se realizaba abiertamente un análisis económico. En la actualidad, la situación se ha invertido y los teóricos del Derecho que analizan el utilitarismo tienden a rechazarlo como base de una teoría normativa del Derecho²². Esta tendencia llevó a H. L. A. Hart a sostener que, por lo que respecta a la teoría del Derecho norteamericano, actualmente el utilitarismo “está a la defensiva”²³. Al mismo tiempo, se ha desarrollado una importante bibliografía que aplica al Derecho los conceptos de la economía con una claridad y sofisticación desconocidas para la teoría del Derecho de la época en que dominaba el utilitarismo²⁴.

¹⁷ Véase, por ejemplo, Henry T. Terry (1915), desde p. 40; Lon L. Fuller (1941), desde p. 799. El rechazo de Holmes a la idea de que haya un deber moral de cumplir lo prometido, expresado en su célebre afirmación de que las obligaciones creadas por contrato consisten en cumplir o indemnizar los perjuicios, tiene una connotación utilitarista, por no decir económica. Véase Oliver Wendell Holmes (1920), p. 175.

¹⁸ James Barr Ames (1908), p. 110. En la bibliografía jurídica pueden encontrarse referencias a la utilidad muy anteriores. James Stephen (1890), p. 106, cita el caso de una querrela de amparo que data de la Inglaterra medieval: “*Le utility del chose excusera le noisomeness del stink*”. Los *Commentaries*, de Blackstone, contienen importantes referencias a la utilidad. Véase Posner (1976), p. 578.

¹⁹ A manera de ejemplo cabe citar la teoría “económica” de la responsabilidad extracontractual (*torts*), eficazmente criticada en Roscoe Pound (1940), desde p. 365. La teoría consistía en que los fallos recaídos en asuntos relacionados con la responsabilidad extracontractual son motivados por los intereses económicos personales de los magistrados que los pronuncian.

²⁰ Véase, por ejemplo, Lon L. Fuller (1941), p. 815; *United Sates vs. Carroll Towing Co.*, 159 F. 2d 169 (2d Cir. 1947) (la “fórmula Hand”).

²¹ Véase Posner, *Economic Analysis of Law* (1977), *passim*.

²² Véase, por ejemplo, Ronald Dworkin (1977); Epstein (1978, 1979 y 1973); Charles Fried (1978); Duncan Kennedy (1976), desde p. 1685; y Harry H. Wellington (1973), desde p. 221.

²³ H. L. A. Hart (1977), p. 986.

²⁴ Véanse las referencias en la nota 1 *supra*.

Es posible que esta sorprendente situación de decadencia del utilitarismo y de ascenso del análisis económico sólo refleje el intelectualismo creciente de los estudiosos del Derecho. Hasta hace poco, la mayoría de ellos se orientaban hacia la práctica y, en consecuencia, se preocupaban de las cuestiones técnicas de la doctrina jurídica. Debido a que los estudiosos pertenecientes a esta tradición no se preocupaban mucho de las bases conceptuales del sistema jurídico (porque no tenían necesidad de hacerlo), sus escritos inconscientemente tendían a reflejar las actitudes utilitaristas-pragmáticas que dominaban el pensamiento estadounidense. Lo más probable es que hoy en día los estudiosos del Derecho observen el sistema jurídico con los ojos de alguna de las ciencias sociales o de las humanidades. Si lo abordan desde el punto de vista filosófico, es probable que reflejen la escasa importancia que atribuyen los filósofos al utilitarismo²⁵. Si lo abordan desde el punto de vista económico, de seguro utilizarán los conceptos y métodos de la economía en forma más sistemática, clara y lúcida que lo que lo habrían hecho los estudiosos del Derecho de una generación anterior. De este modo, los filósofos tienden a considerar que la economía es una especie de utilitarismo y los economistas a pensar que el utilitarismo es otra denominación de la economía.

B. Positivo versus normativo

En ésta y en las próximas subsecciones se procura poner al descubierto dos falacias en la crítica filosófica al análisis económico del Derecho. Sucede que estas falacias también han penetrado la crítica filosófica del utilitarismo. La primera de ellas consiste en que no se puede separar el análisis positivo del análisis normativo de las instituciones sociales o, al menos, que los utilitaristas y los analistas económicos no los distinguen. La segunda afirma que un sistema de creencias no puede tener consecuencias normativas mientras no se hayan validado sus bases filosóficas.

Tanto los críticos del análisis económico como los del utilitarismo se han inclinado a centrar la atención en los aspectos normativos y no en los aspectos positivos de estos sistemas de pensamiento. De hecho, algunos de los más acerbos críticos del análisis económico del Derecho, tales como Edwin Baker, concuerdan en que éste explica adecuadamente el carácter básico del Derecho jurisprudencial angloamericano²⁶. Baker no cree que la

²⁵ Véase la nota 3 *supra*.

²⁶ C. Edwin Baker (1975), desde p. 3.

sociedad deba fijarse como meta alcanzar la eficiencia, pero a su juicio ella ha influido mucho en el Derecho jurisprudencial. No obstante, Ronald Dworkin estima que los defectos normativos del análisis económico del Derecho invalidan las pretensiones descriptivas o positivas de la teoría²⁷. En su opinión, la teoría económica positiva del Derecho es una teoría de los derechos encubierta. Según Dworkin, y en parte tiene razón, la teoría económica positiva del Derecho enseña que el Derecho jurisprudencial tiene por objeto fomentar las transacciones de mercado y, en situaciones en que el costo de las transacciones de mercado es muy elevado, simular el mercado estableciendo sanciones legales que den lugar a la asignación de los recursos a que habrían dado lugar las transacciones en un mercado libre, de haber sido ellas posibles. Dworkin sostiene que la teoría económica del Derecho es incompleta: para determinar la asignación de los recursos a que daría lugar un mercado (o sus sustitutos legales) hay que saber cómo se asignan los derechos iniciales en esos recursos, porque la asignación determinará el resultado del proceso de transacciones.

Expresado en términos económicos, el argumento de Dworkin se refiere a los efectos de la asignación de los derechos en la riqueza. Si la asignación inicial de un derecho, por ejemplo, al aire limpio, no afecta demasiado el patrimonio de ningún asignatario, sea quien fuere la persona objeto de la asignación inicial, ya sea un sistema de mercado (si los costos de transacción no son prohibitivos) o un sistema legal destinado a simular los resultados de ese mercado (si dichos costos son prohibitivos), garantizará que, en definitiva, ese derecho sea asignado a quien derive mayor valor del hecho de tenerlo²⁸. En cambio, si el derecho de que se trata es parte importante del patrimonio del sujeto que lo posee, es posible que la asignación inicial sea la definitiva y que no haya un único resultado eficiente. Por ejemplo, si A se convierte en esclavo de B, tal vez no pueda comprar su libertad a B, de tal modo que si el derecho al trabajo de A se atribuye inicialmente a B, seguirá perteneciendo a él y esta solución será eficiente. Pero, si inicialmente se asigna a A el derecho a su propio trabajo, quizá B no esté dispuesto a pagar el precio necesario para inducir a A desprenderse de ese derecho. Una vez más, la asignación inicial será definitiva y, una vez más, será eficiente, pero será una asignación distinta de aquella en caso de que el derecho se hubiese asignado inicialmente a B.

En casos como éste, en que los efectos patrimoniales son importantes, el análisis económico no predice una asignación única de los recursos,

²⁷ Véase Ronald Dworkin (1977), pp. 97-98.

²⁸ Hago abstracción aquí de consideraciones relativas a la distribución de la riqueza que no sean los efectos en la riqueza de las distintas asignaciones de derechos.

salvo que se especifique cuál es la asignación inicial de los derechos²⁹. Sin embargo, para la teoría económica positiva del Derecho, esta conclusión no es necesariamente así. En el peor de los casos, restringe el ámbito de la teoría y la convierte en una teoría en que el Derecho trata de optimizar el uso y el intercambio de cualesquiera derechos que una persona posea inicialmente. Sin embargo, un aspecto más importante es que la teoría económica del Derecho es, a la vez, una teoría de los derechos y una teoría del intercambio. Como se verá, los derechos pueden derivarse de la propia teoría y no hay necesidad de postularlos³⁰.

Dworkin, a quien se suman a este punto Epstein y Michelman, también sostiene que al dictar normas y sentencias los jueces del *Common Law* se han basado en conceptos no económicos de los derechos antes que en, o además de, conceptos económicos implícitos³¹. A diferencia del argumento examinado más arriba, éste plantea en forma directa una cuestión empírica al análisis positivo del Derecho³².

C. Distintos niveles de normatividad

En general, existe la impresión de que antes que los economistas puedan sugerir reformas legales para aumentar la eficiencia del sistema jurídico, tienen que deducir y defender las bases morales de la eficiencia. Esto es un error. Hay dos importantes usos normativos del análisis económico del Derecho en que las cuestiones filosóficas de que se ocupa principalmente este trabajo no influyen en absoluto. El primero de ellos consiste en señalar el costo de un curso de acción propuesto. Supóngase que alguien aboga por que se suprima la pena de muerte basándose en que el Estado no debe matar, y un economista lleva a cabo un estudio que demuestra que la abolición de la pena de muerte se traduciría en un notable aumento del número de homicidios³³. Aunque los economistas sostengan que no son los llamados a aconsejar sobre si la pena de muerte es buena o mala, cuando

²⁹ Dworkin no fue el primero en señalarlo. Para un planteamiento anterior, véase Little (1957), pp. 96-97.

³⁰ Véanse las pp. 234-236 *infra*.

³¹ Véase Ronald Dworkin (1977), desde p. 1201; Epstein, *supra* nota 22; Frank I. Michelman (1978), p. 1047.

³² Cuando se redactó el presente trabajo, prácticamente no había evidencia empírica de que existiera una "teoría del Derecho" positiva relativa a los derechos, como bien lo señala Kent Greenawalt (1977), 1010-1015.

³³ De hecho, se han llevado a cabo estudios de esta naturaleza. Véase la nota 95, *infra*.

demuestran que abolirla tiene un costo (esto es, un incremento del número de homicidios) contribuyen al debate ético al señalar una consecuencia que puede (o no) estimarse pertinente a las cuestiones éticas en juego. Mientras se estime que el costo tiene alguna importancia ética³⁴, los economistas tienen un papel que jugar en la formación de los juicios éticos. Y en cualquier caso en que se alegue que no están envueltos valores distintos de los valores económicos, el papel ético del economista es decisivo.

Además de ayudar a las personas a formular juicios normativos correctos señalando en qué medida debe renunciarse a un valor, el bienestar económico, para alcanzar otro (o bien, cuánto valor económico se podría obtener sacrificando algún otro valor, por ejemplo, la repugnancia moral a la venta de riñones o de córneas³⁵), el economista puede proporcionar pautas normativas concluyentes a cualquier persona para la cual la eficiencia, o el específico concepto de eficiencia que propugne ese economista, sea el valor dominante. Si bien es cierto que en la actualidad son relativamente pocas las personas que al reflexionar sobre estos problemas consideran que la maximización de la riqueza, o alguna otra versión de la eficiencia, es el supremo valor social, pocas estiman que es intrascendente. Y, como se dijo, a veces es el único valor en juego en un asunto. Por lo tanto, los economistas pueden contribuir de manera importante al debate ético, aunque no puedan ofrecer una explicación filosófica coherente acerca de la normatividad económica.

Sin embargo, no estoy dispuesto a detenerme aquí, porque, a mi juicio, el análisis económico tiene algún derecho a ser considerado como una base coherente e interesante para la formulación de juicios éticos. No estoy tan seguro de que el utilitarismo tenga ese mismo derecho. Antes de examinar el derecho que pretenden tener ambos sistemas, examinaré someramente los criterios para optar entre sistemas éticos contrapuestos.

D. Criterios para evaluar teorías éticas

El procedimiento para optar entre teorías positivas contrapuestas es sencillo. Una teoría positiva genera hipótesis que pueden comprobarse em-

³⁴ Charles Fried, anticonsecuencialista apasionado, ha sostenido que son "fanáticas" las teorías morales que niegan que las consideraciones relativas a costos tengan alguna importancia para determinar las obligaciones. Véase Charles Fried (1978), p. 10. Para un punto de vista similar, véase Epstein (1979), pp. 74-75.

³⁵ Véanse las pp. 252-253 *infra*.

píricamente y es confirmada o rechazada por el resultado de la prueba. En el caso de una teoría normativa no hay un método de esta naturaleza. ¿Qué podría reemplazarlo? Para una perspectiva, la de Rawls por ejemplo, hay que deducir la teoría ética de uno o varios supuestos básicos (por ejemplo, que un sistema es justo cuando lo elegirían las personas que se encuentran en la “situación original”). El supuesto sólo puede demostrarse remitiéndose a la intuición —lo que significa que no puede confirmarse—, pero quien lo acepte presumiblemente aceptará también cualesquiera propuestas éticas que puedan derivarse de él mediante los principios de la lógica.

Partiré de la base de que las teorías éticas no pueden ser realmente comprobadas, pero sí pueden ser rechazadas por una de tres razones: primero, porque la teoría no reúne ciertos requisitos formales básicos de adecuación, tales como consistencia lógica, completitud, precisión, etc.; segundo, porque la teoría ofrece preceptos marcadamente contrarios a intuiciones éticas ampliamente compartidas, tales como sostener que, en general, el homicidio es algo bueno, o que ordinariamente las ovejas tienen tanto derecho como las personas a ser tratadas con deferencia; o tercero, que la sociedad que adopte la teoría no sobreviviría en una pugna con sociedades que adhieran a teorías contrapuestas. El tercer criterio es muy discutible, y no lo trataré en este trabajo ya que no permite distinguir claramente entre el enfoque económico y el utilitarista. Sin embargo, sostendré que, apreciado ya sea de acuerdo con criterios formales o por su concordancia con nuestras intuiciones morales, el enfoque económico es menos “rechazable” que el utilitarismo o el kantianismo.

Es posible que para optar entre teorías éticas, el criterio intuicionista parezca subjetivo y circular. Pero pienso que lo que se espera de una teoría ética no es una razón para abandonar los preceptos éticos fundamentales que todos aceptamos, por mucho que no siempre los acatemos, sino más bien una estructura que organice nuestras intuiciones y nos oriente para tratar las cuestiones éticas en que nuestras intuiciones son dudosas. Sabemos que es malo matar a un niño para salvar una oveja, pero no estamos tan seguros de que sea mejor “ayudar a un conocido que se muere de hambre, que aliviar las necesidades urgentes de cien personas que no conocemos”³⁶. Es en la solución de *dilemas* morales el que una teoría ética sistemática, consistente con —pero no limitada a— nuestras intuiciones éticas fundamentales, puede ser de utilidad.

³⁶ Véase la nota 66 *infra*.

II. LA RELACIÓN ENTRE UTILITARISMO Y ECONOMÍA

A. Una crítica del utilitarismo

De acuerdo con el punto de vista utilitarista, una acción o práctica es correcta, buena, o justa, en la medida en que tienda a maximizar la felicidad, que usualmente se define como el excedente de placer respecto del dolor³⁷. Esta definición oculta algunas ambigüedades importantes de la teoría utilitarista, pero es preferible dejar que surjan del análisis de las críticas al utilitarismo. Sin embargo, hay dos aspectos de la teoría que hay que esclarecer desde la partida. Primero, se trata a un mismo tiempo de una teoría sobre la moral personal y sobre la justicia social. Un hombre bueno es aquel que trata de maximizar la suma de la felicidad (la suya propia más la de los demás) y una sociedad buena es aquella que procura maximizar esa suma total. Segundo, el maximando*, al menos según lo concibe actualmente la mayoría de los utilitaristas, no es un determinado estado psicológico, de éxtasis, euforia o lo que sea, sino más bien el concepto más amplio posible de satisfacción. La felicidad, la utilidad, se maximizan cuando las personas (o creaturas) pueden satisfacer sus preferencias, cualesquiera que sean, en la mayor medida posible. Esta formulación no excluye la posibilidad de que A conozca las verdaderas preferencias de B mejor que el propio B, es decir, la posibilidad de paternalismo.

La mejor manera de dilucidar cómo evaluar la teoría utilitarista es examinar las principales críticas que se le han formulado. Una de ellas es que el ámbito del utilitarismo es vago. ¿Cuál es la felicidad que hay que tener en cuenta al elaborar políticas para maximizar la mayor felicidad? ¿Cuenta a este respecto la felicidad de los animales? J. J. C. Smart se ha referido a esto último en los siguientes términos:

Es posible que estrictamente hablando y en un momento determinado una oveja satisfecha sea tan importante como un filósofo satisfecho. Sin embargo, no es fácil estar de acuerdo con esto. En ese caso, tendríamos que aceptar que lo ideal sería reducir la población humana mediante métodos anticonceptivos y aumentar la población ovina

³⁷ Para algunas buenas exposiciones recientes acerca del utilitarismo, véase John Plamenatz (1958); J. J. C. Smart (1967), p. 3; y Rolf R. Sartorius (1975). Entre las formulaciones clásicas, véase en especial Jeremy Bentham (1789); Henry Sidgwick (1907); y Leslie Stephen (1900). Como ya se observó, me niego a quitarle al término la mayor parte de su contenido definiéndolo como el tipo de doctrinas éticas en que la moralidad de un curso de acción se juzga por sus consecuencias. Véase la nota 9 *supra*.

* "Maximand", en el original en inglés, se ha traducido aquí y más adelante como "maximando" (N. del T.)

en una proporción superior a la correspondiente. Quizá sólo haya que dejar vivir a tantos seres humanos como sea necesario para mantener a innumerables millones de plácidas ovejas en satisfecho ocio e inmunidad a los ataques depredadores de animales feroces. En realidad, si tanto vale un idiota satisfecho como un filósofo satisfecho, y si una oveja satisfecha vale tanto como un idiota satisfecho, quiere decir que un pez satisfecho vale tanto como una oveja satisfecha, y un escarabajo satisfecho tanto como un pez satisfecho. ¿Dónde iremos a parar³⁸?

Smart no contesta su última pregunta. Y aunque “le cuesta aceptar” que se equipare una oveja satisfecha a un filósofo satisfecho, la teoría utilitarista no le permite distinguir entre ellos y termina por observar no muy convencido que “no es posible concebir que la cuestión de si aumentaría o no la felicidad general reemplazando la mayor parte de la población humana por un número superior de ovejas y de cerdos satisfechos pueda llegar a convertirse en una cuestión de interés candente”³⁹.

Como (muchos) animales poseen utilidad, en el sentido amplio en que los utilitaristas contemporáneos emplean el término, la teoría parece exigir que se incluya a las ovejas y los cerdos. Así parece sugerirlo Smart. Sin embargo, cuando un sistema filosófico no puede distinguir entre la gente y las ovejas, algo anda mal. De acuerdo con la moralidad utilitarista, no puede considerarse que el conductor que vira bruscamente para no atropellar a dos ovejas y deliberadamente mata a un niño sea un mal hombre, porque tal vez su acción haya aumentado la suma de felicidad en el mundo. Este resultado es contrario a todas nuestras intuiciones éticas.

En consecuencia, lo perturbador no es que el utilitarismo adolezca de un “problema de límites”, sino que la solución obvia, esto es, la inclusión de los sentimientos de los animales, es inaceptable. Naturalmente, podríamos redefinir el maximando de manera que excluya los animales. Podríamos decir, junto con Frank Knight, que la gente no quiere una felicidad u otra versión de la satisfacción de las preferencias que pueda abarcar lo que desean los animales: “En la práctica, lo que más desean las personas sensatas no es satisfacer sus deseos, sino más y *mejores* deseos”⁴⁰. Pero esto no es más que una versión del antiguo juego utilitarista, que a nada conduce, y que consiste en dividir las preferencias en “superiores” o “inferiores” a partir de bases inevitablemente cambiantes y subjetivas.

³⁸ Smart (1967), p.16.

³⁹ Smart (1967), pp. 24-25.

⁴⁰ Frank Hyneman Knight (1935), p. 22. Véase Smart (1967), p. 32.

A mi juicio, es mejor decir simplemente que no nos interesa la utilidad de los animales, salvo en la medida en que ella esté comprendida en las funciones de utilidad humana, y dejar las cosas allí. Sin embargo, esta respuesta johnsoniana no resolverá el problema de límites que se plantea al utilitarismo respecto de los extranjeros. ¿Debería la política estadounidense maximizar la felicidad de los norteamericanos y no atribuir ningún peso a la felicidad de los extranjeros? ¿O se necesita un punto de vista más ecuménico? ¿Y qué puede decirse de los no nacidos? Si se incluyeran en la población cuya felicidad haya de maximizarse tal vez se llegaría a políticas diferentes en materia de aborto, adopción, homosexualidad, ahorro y otras cuestiones, que si en el censo de la felicidad sólo contaran los seres actualmente vivos. El que se incluya o no a los extranjeros o a los no nacidos no es una cuestión que el utilitarismo pueda resolver directamente, aunque una vez más parece que si la maximización de la utilidad ha de tomarse en serio, lo que hay que hacer es definir un concepto lo más amplio posible de la población pertinente.

El problema de los extranjeros y de los no nacidos se relaciona con la antigua discusión de los utilitaristas sobre si la meta utilitarista debería consistir en maximizar la felicidad promedio o la felicidad total. Si se asesinara a la mitad más pobre de la población de Bangladesh, mejoraría el nivel de vida de la mitad restante y, probablemente, también aumentaría su felicidad subjetiva, ya que se elevaría la proporción de tierra y otros recursos naturales en relación con la población. Sin embargo, es muy posible que la felicidad *total* fuese menor. Del mismo modo, si la tasa de natalidad de un país densamente poblado es alta, se podría producir un deterioro de las condiciones de vida y, junto con ello, un descenso del promedio de felicidad del país, aunque tal vez esto sea contrapesando con creces por las satisfacciones, si bien pequeñas, de la población agregada. La teoría utilitarista no ofrece una base clara para optar entre la felicidad promedio y la felicidad total, pero esta última es más compatible con la simple insistencia en la utilidad como maximando.

En síntesis, la lógica del utilitarismo parece propugnar que se extienda lo más posible el límite, a fin de que el objetivo ético sea maximizar el total de felicidad o de satisfacción en el universo. Como al parecer esta meta sólo puede alcanzarse haciendo desgraciadas a muchas personas (las que tendrían que hacer sitio a todos los extranjeros, ovejas, etc.), los utilitaristas continuamente buscan maneras de contraer el límite. Pero para ello tienen que salirse del utilitarismo.

Otro problema del utilitarismo es la falta de método para calcular los efectos de una decisión o de una política en el total de felicidad de la

población correspondiente⁴¹. Incluso si se limitara la atención a la población humana, no hay una técnica confiable para medir la variación en el grado de satisfacción de una persona respecto de la variación en el grado de satisfacción de otra. Algunos utilitaristas confían en que con el tiempo se descubrirá una medida psicológica que permita medir la felicidad y compararla entre las personas (¿y animales?)⁴², pero en los doscientos años transcurridos desde que Bentham anunció el *felicific calculus* nada se ha avanzado hacia el descubrimiento de tal medida.

Para resolver el problema de medir las satisfacciones, algunos proponen la economía paretiana del bienestar. El argumento básico de Pareto es que una transacción voluntaria de mercado —por ejemplo, A ofrece 5 dólares a B por una bolsa de naranjas, y B acepta, o A le propone matrimonio a B y B acepta el ofrecimiento de A— *debe* mejorar la situación de ambas partes y en consecuencia aumentar el grado de bienestar o felicidad de la sociedad, porque si la transacción no mejorara la situación de A y de B, al menos uno de ellos se negaría a aceptarla. Sin embargo, este enfoque no satisface la necesidad que tiene el utilitarista de contar con una medida confiable, por mucho que aceptemos (como me inclino a aceptar, pese a los argumentos que no pretendo abordar aquí, en el sentido de que la publicidad u otras características de la economía de mercado llevan a las personas a comprar cosas que realmente no desean) que una transacción de mercado aumenta la felicidad de las partes respecto de la que tenían inmediatamente antes de que se realizara la transacción. La transacción (o, más plausiblemente, una serie de transacciones similares) puede afectar a personas que no participen en ella: un aumento en la demanda de naranjas puede hacer que el precio de ellas también aumente para los demás consumidores, y el mayor precio puede hacerlos bastante desdichados. Además, este análisis da por sentadas dos cuestiones críticas: que los bienes permutados se distribuyeron inicialmente de manera de maximizar la felicidad (¿son las personas adineradas quienes derivan mayor felicidad de las cosas que se pueden comprar con dinero?) y que un sistema de libre mercado produce más felicidad que la que dan o podrían dar sistemas alternativos de asignación de los recursos.

Naturalmente, el criterio paretiano podría definirse de tal manera que ninguna transacción se considerara paretianamente óptima a menos que aumente el grado de felicidad de la sociedad. Es posible que esta definición

⁴¹ Como ha dicho Hayek, el utilitarismo presupone omnisciencia: F. A. Hayek, (1976), pp. 17-23.

⁴² Véase, por ejemplo, Sartorius (1975), p. 31; cf. Ilmar Waldner (1972), desde p. 87.

esté implícitamente contenida en el planteamiento usual del criterio: una transacción es óptima en el sentido de Pareto si mejora la situación de al menos una persona y no empeora la de nadie. Sin embargo, aplicada estrictamente, esta comprobación no puede hacerse, puesto que rara vez se pueden determinar los efectos totales de una transacción en la felicidad, la satisfacción o el goce humanos. Concluyo, en fin, que el análisis paretiano no resuelve el problema de medir la felicidad con que tropiezan los utilitaristas.

Por cierto, las dificultades que plantea el intento por derivar políticas o directrices concretas a partir de premisas éticas no es un problema exclusivo del utilitarismo: es un problema característico del debate ético en general. Como se verá, la obra de Rawls ilustra admirablemente este punto. Y entre los teóricos kantianos contemporáneos de los derechos legales, basta con comparar a Fried y Epstein, quienes, a partir de premisas aparentemente idénticas sobre el respeto humano y la autonomía, derivan consecuencias de política bastante diferentes⁴³. Si Dworkin es un kantiano “genuino” y no sólo un utilitarista de la escuela igualitarista⁴⁴, la cuestión se plantea en forma aún más dramática. Sin embargo, el hecho de que el utilitarismo no sea más impreciso que las teorías contendoras sobre el deber moral quizá no lo reconcilien a uno con el utilitarismo, en especial si se es partidario de un gobierno limitado. Por ejemplo, supóngase que Bentham y muchos otros utilitaristas tengan razón en que si no se sabe realmente de qué manera la felicidad de las distintas personas se relaciona con el ingreso, hay que partir de la base de que todos somos muy similares en este respecto. A continuación, sólo basta con un supuesto adicional, y por lo demás plausible —el de la utilidad marginal decreciente del ingreso monetario—, para que la meta de nivelación de los ingresos tenga una base utilitarista. En efecto, a partir de estos supuestos se demuestra fácilmente que la distribución equitativa del ingreso y de la riqueza producirá más felicidad que cualquier otra distribución⁴⁵, salvo que el costo de alcanzarla y mantenerla sea igual o superior a los beneficios en términos de mayor felicidad. Naturalmente, esta salvedad es decisiva, pero hace recaer el peso de la prueba en el que es contrario a la nivelación de los ingresos, en un campo en que es manifiestamente difícil obtener pruebas.

⁴³ En un ejemplo quizá poco importante, pero de interés para los juristas, Fried rechaza la posición de Epstein de que, *prima facie*, la responsabilidad extracontractual (*torts*) debería ser la responsabilidad estricta. Véase Charles Fried (1978), p. 107 y su obra (1970), pp. 187-189.

⁴⁴ Véase el texto que sigue.

⁴⁵ Véanse Jeremy Bentham (1952, W. Stark, ed.), pp. 115-16; Abba P. Lerner (1944), pp. 35-36; y Sartorius (1975), p. 131.

El ejemplo de la igualdad de ingresos ilustra una cuestión más amplia. Si se piensa que la impracticabilidad del *felicific calculus* justifica el hecho de que los utilitaristas se valgan de conjeturas, las posibilidades de que la intervención pública resulte aceptable se tornan prácticamente ilimitadas. Para citar un ejemplo superficial, de la observación de que los animales son capaces de sufrimiento se puede llegar fácilmente a propugnar que se prohíba la pesca deportiva⁴⁶.

El problema de la imprecisión se va mezclando imperceptiblemente con una objeción conexas al pensamiento utilitarista: se trata de lo que podría denominarse como los peligros del instrumentalismo. En un sistema utilitarista los derechos son bienes estrictamente instrumentales. El único bien definitivo es la felicidad del grupo en su conjunto. Si ésta se maximiza permitiendo que las personas adquieran bienes y contraigan matrimonio con quien deseen, cambien de empleo, etc., se les dará derecho a estas cosas, pero si se pudiera aumentar la felicidad tratando a la gente como ovejas, los derechos desaparecen. La gente no parece ser más feliz en los Estados totalitarios que en los Estados democráticos; pero si lo fueran, para ser coherentes los utilitaristas tendrían que ser partidarios del totalitarismo. En consecuencia, el utilitarismo parece basar derechos muy importantes en una mera corazonada empírica de que promueven la "felicidad". Esa corazonada no puede comprobarse por ningún mecanismo que tengamos o podamos llegar a tener, por mucho que algunas personas encuentren una que otra pequeña prueba en qué apoyarse (por ejemplo, el muro de Berlín). Incluso dentro del marco general del Estado liberal, los utilitaristas que no trepidan en formular osadas conjeturas acerca de la distribución de la felicidad pueden producir recomendaciones de política bastante monstruosas. A manera de ejemplo, cabe citar la propuesta de Bentham de eliminar la mendicidad sometiendo a los mendigos a la esclavitud⁴⁷.

⁴⁶ Véase Jeremy Bentham (1843, John Bowring, ed.), pp. 367-562. La hostilidad con que miran el utilitarismo muchos estudiosos del derecho "liberales" o de izquierda resulta, pues, un tanto sorprendente puesto que, bien concebido, el utilitarismo ofrece una base teórica firme a un Estado socialista o de bienestar *que funcione* (importante salvedad), como también a otras políticas apoyadas por la izquierda. No hay que seguir a Laurence Tribe y escudriñar el pensamiento precristiano y no occidental en busca de una base filosófica para proteger a los animales más allá del punto en que maximizaría el bienestar humano. Véase Laurence H. Tribe (1974), desde p. 1315. El utilitarismo proporciona esta base (la vida vegetal plantea un problema más difícil a los utilitaristas). Una filosofía que no distinga claramente entre las personas y las ovejas tiene que resultar atractiva para quienes simpatizan con el colectivismo o el intervencionismo.

⁴⁷ Véase Posner (1976), p. 592. Para ser justos con el utilitarismo, hay que decir que Bentham es una de las fuentes principales, si no inagotable, de extrañas deducciones de política basadas en premisas utilitaristas. Sin embargo, los utilitaristas a menudo son intervencionistas. Véase, por ejemplo, Leslie Stephen (1900), pp. 228-229, respecto de las propuestas intervencionistas de J. S. Mill. Puede argumentarse que Dworkin es un utilitarista de izquierda, y ya se observó que la nivelación de los ingresos tiene una base utilitarista.

En realidad, la “monstruosidad moral” es uno de los principales problemas del utilitarismo. Se pueden distinguir dos clases de aberración. Una de ellas deriva del hecho de que los utilitaristas se niegan a hacer distingos morales entre tipos de placer. Supóngase que A pasa su tiempo libre arrancándoles las alas a las moscas, mientras B dedica el suyo a alimentar palomas, y que como A tiene mayor capacidad de sentir placer obtiene más felicidad de su tiempo libre que B del suyo. Dejando de lado la desgracia de la mosca —que, si pudiésemos medir la felicidad, probablemente encontraríamos que es insignificante—, para ser coherentes los utilitaristas tendrían que considerar que A es una mejor persona que B, porque la actividad de A contribuye más que la de B a la felicidad global.

La otra clase de aberración moral que se asocia al utilitarismo proviene del hecho de que los utilitaristas están dispuestos a sacrificar a un inocente en aras de la necesidad social. Alan Donagan ofrece el siguiente ejemplo:

bien podría ser que si uno matara sin causar dolor, y sin ser descubierto, a su pérfido, viejo y desgraciado abuelo, se lograra más bien y menos mal que si uno se abstuviera de hacerlo: se libraría al anciano de su mísera existencia, sus hijos estarían felices de heredarlo y ya no estarían expuestos a su maldad; y uno podría anticipar la recompensa prometida a quienes hacen el bien secretamente. Nadie puede seriamente dudar de que una posición que conduzca a tales consecuencias sea una aberración⁴⁸.

Creo que Donagan tiene razón en que un utilitarista coherente tendría que reconocer que el homicida es un hombre bueno. Naturalmente, el utilitarista podría señalar que *la costumbre* de dar muerte a abuelos antipáticos probablemente disminuya la felicidad. El conocimiento de esta costumbre haría muy desgraciados a los abuelos, pero a la larga probablemente no beneficiaría a los herederos, ya que desincentivaría el que la gente acumule bienes. Sin embargo, cualesquiera objeciones de los utilitaristas a que se establezca una excepción a la ley sobre quienes dan muerte a abuelos antipáticos carecerían de peso a nivel de la moral personal una vez que se estipule que el homicidio no será descubierto. Sin embargo, decir que el homicida del ejemplo de Donagan es un “hombre bueno” es inaceptablemente contrario a las nociones convencionales sobre moralidad.

En el utilitarismo, la aberración es un problema menos grave al nivel de las opciones sociales que al de las personales. Una cosa es elegir al

⁴⁸ Alan Donagan (1968), pp. 187, 188.

azar una persona inocente y matarla para alcanzar un fin social y otra crear una estructura institucional —por ejemplo, la pena de muerte—, en virtud de la cual el sufrimiento de algunas personas resulta inevitable. No se puede concebir ningún sistema punitivo que reduzca a cero la probabilidad de una condena por error. Sin embargo, incluso a nivel de la opción social, el utilitarismo ocasionalmente puede conducir a resultados monstruosos. Supóngase que existiera un grupo de personas tan reducido en relación con el resto de la sociedad, tan desgraciado y tan odiado, que su exterminio aumentara la felicidad total de la sociedad. En estas circunstancias, el utilitarista que sea consecuente difícilmente podrá condenar el exterminio, aunque tendría derecho a señalar el costo por concepto de ansiedad que podría imponerse a las personas que temieran ser exterminadas a continuación. Para citar otro ejemplo: es muy posible que las primeras y relativamente blandas medidas antisemitas que aplicó el Gobierno de Hitler contra los judíos alemanes hayan aumentado la felicidad total de la población alemana (¿y del mundo?), no obstante que algunos no judíos pueden haber temido que se sentara un precedente en relación con otros grupos minoritarios a los que ellos pertenecían. Cabe concebir que, desde el punto de vista utilitarista, estas medidas antisemitas iniciales fueron moralmente convenientes⁴⁹.

Si bien es cierto que la aberración es un peligro para el utilitarismo, la puntilliosidad moral, o el fanatismo, es un peligro para los teóricos kantianos. Bernard Williams plantea el caso de "Jim", huésped de un funcionario de un país atrasado que está a punto de ordenar que fusilen a un grupo de prisioneros políticos⁵⁰. El funcionario le dice a Jim que si mata a uno de los prisioneros, él pondrá en libertad a los demás. El kantiano a ultranza diría que Jim no está obligado a matar al prisionero, porque hay una diferencia fundamental entre hacer un mal y no impedir un mal. Ésta es la posición de Williams. A mi juicio, en este ejemplo la distinción es valiosa. Si Jim rehúsa la oferta del funcionario, todos los prisioneros mori-

⁴⁹ No sirve responder que, bien entendido, el principio de la felicidad exige una *norma* contra la discriminación, porque de no haberla los miembros de los grupos minoritarios se sentirían muy inquietos. No hay duda de que las normas traen consigo beneficios que en determinadas circunstancias serían superiores a los costos en términos de una menor flexibilidad, de estar obligados rígidamente por la norma en caso de que varíen las circunstancias. Por lo tanto, para ser consecuentes y sin caer en la "idolatría de las reglas", que tanto se ha criticado al utilitarismo (véase Smart [1967], p. 10), los utilitaristas pueden propugnar la adopción de normas. Sin embargo, el que pueda o no justificarse una norma *antidiscriminatoria* basándose en los principios utilitaristas, ya sea en un marco general o histórico como el de la Alemania nazi, es otra de las cuestiones a las que los utilitaristas sólo pueden responder con conjeturas.

⁵⁰ Véase Bernard Williams (1967), pp. 98-99.

rán; si la acepta, se salvarán todos excepto uno. No hay solución de compromiso. Si Jim rechaza la invitación, nadie estará mejor; todos salvo uno estarán peor.

La mayoría de los kantianos tratan de evitar el fanatismo estableciendo excepciones a los deberes categóricos que imponen⁵¹. Dirán que la tortura es censurable aunque pueda demostrarse que, en general, como lo creía Bentham, maximiza la felicidad, pero luego reconocen que si fuera necesario torturar a una persona para salvar a la raza humana, no sería incorrecto torturarla. Sin embargo, una vez que se reconoce esto, no hay un punto lógico en el cual apoyarse. ¿Qué sucede si hay que matar a dos personas inocentes para salvar a 200 millones de americanos, a diez para salvar a tres millones de habitantes de Chicago, a 20 para salvar a 60.000 personas que residen en Hyde Park-Kenwood? ¿Consiste la diferencia entre kantianos y utilitaristas en que los primeros no permitirían que se sacrificara a un inocente a menos que al otro extremo de la balanza hubiera 100 vidas, mientras que al utilitarista le bastaría con dos? Pero ¿en qué se basan los kantianos para fijar el límite en 100? ¿Por qué no 50, 10, o tres? (Si rehúsan fijar límites, ¿de qué sirve que ofrezcan orientación moral concreta?) Según donde efectivamente fijen el límite, los kantianos ya sea se confunden con los utilitaristas (si atribuyen gran ponderación a los costos) o siguen siendo unos intransigentes (si no lo hacen).

La tendencia del kantianismo a fusionarse con el utilitarismo se ilustra en la filosofía moral de John Rawls⁵². Pese a que sus premisas son reconocidamente kantianas y a que rechaza el utilitarismo porque “no toma en serio la distinción entre las personas”⁵³, Rawls define la justicia como el resultado de la elección colectiva que realizan los individuos que se encuentran en la “posición original”, esto es, desprovistos de todas sus características personales. Asume que las personas optan por principios de justicia que maximizarán su utilidad; y como además supone que son altamente adversas al riesgo, las personas eligen un principio en virtud del cual se renuncia a gran parte de la libertad económica individual a cambio de la seguridad social. El principio de justicia social de Rawls se asemeja al principio de maximización de la igualdad de ingresos de Bentham sujeto a la condición de que se conserve el incentivo para que las personas se dediquen a una actividad productiva. Al igual que el benthamismo, el grado de igualdad a que se aspira depende de conjeturas empíricas respecto de 1) la trayectoria de la utilidad marginal de la curva de ingreso (o el grado

⁵¹ Para un ejemplo de este enfoque, véase Fried (1978), p. 10.

⁵² Y para la evolución del pensamiento de mi colega Epstein, véase Epstein (1979).

⁵³ John Rawls (1971), p. 27.

de aversión al riesgo) y de 2) los efectos desincentivantes de las políticas igualitarias.

La necesidad de hacer tales conjeturas hace que el rawlsismo adolezca de la misma falta de precisión que contamina al benthamismo. Como señala Gary Becker, hasta el concepto del *velo de ignorancia* de Rawls se asemeja al método mediante el cual el economista Abba Lerner dedujo la igualdad de ingreso del principio de la felicidad. Lerner observó que dado que no sabemos hasta qué punto se extienden las funciones de utilidad marginal de las personas, la mejor hipótesis de trabajo es suponer que no guardan relación con el ingreso⁵⁴. No resulta sorprendente que John Harsanyi, otro economista del bienestar, se adelantara en muchos años al núcleo del principio de justicia de Rawls: la opción racional que ejercen las personas que se encuentran en la posición original⁵⁵.

Así pues, llego a la conclusión de que el utilitarismo tiene graves inconvenientes, ya se le conciba como un sistema de moral personal o como pauta para la adopción de decisiones sociales; pero la alternativa que se plantea comúnmente al utilitarismo, el kantianismo, tiene también inconvenientes graves. Uno ellos es el hecho de que sus resultados son a menudo similares a los del utilitarismo. Es en este contexto que debemos ahora considerar el análisis económico como sistema moral alternativo, tanto del utilitarismo como del kantianismo.

B. El análisis económico

1. *La maximización de la riqueza como concepto ético.* Como ya lo mencioné, cuando hablan en términos normativos, los economistas tienden a definir lo bueno, lo correcto o lo justo como la maximización del “bienestar” en un sentido que no se puede distinguir del concepto de utilidad o felicidad de los utilitaristas⁵⁶. Esa es la razón por la cual los partidarios de la economía del bienestar a menudo no son más que exponentes de un utilitarismo aplicado. Sin embargo, para los fines normativos que me he propuesto, quiero circunscribir la definición del maximando y darle el sentido económico de “valor” o, más claramente, de “riqueza”⁵⁷. En lo que

⁵⁴ Véase Lerner (1944).

⁵⁵ Véase John C. Harsanyi (1953), desde p. 434. Rawls reconoce la contribución de Harsanyi. Véase Rawls (1971), p. 137 nota 11, p. 162 nota 21. Harsanyi continúa siendo un refinado exponente del utilitarismo. Véase su artículo (1977), desde p. 623.

⁵⁶ Véanse las pp. 210-211 y nota 12 *supra*.

⁵⁷ Véase Michelman (1978), pp. 1019-1021, 1032-1034, para una taxonomía útil de las definiciones de bienestar.

resta del presente trabajo, cuando se utiliza en el sentido normativo, el término “económico” se limita al sentido de aumentar la riqueza.

La riqueza es el valor en dólares o equivalente en dólares (precisión importante, como se verá) de cuanto hay en la sociedad. Se mide por lo que las personas están dispuestas a pagar por algo o, si ya lo poseen, lo que piden en dinero por renunciar a ello. En consecuencia, en un sistema de maximización de la riqueza, el único tipo de preferencia que cuenta es aquel respaldado por dinero, o de otro modo, que se registra en un mercado. Sin embargo, el mercado no necesita ser explícito. Incluso en la actualidad, gran parte de la vida económica está organizada sobre la base de los principios del trueque; a manera de ejemplo, cabe citar el “mercado de matrimonios”, la crianza de los hijos y un juego amistoso de bridge. Estos servicios tienen un valor que podría expresarse en términos monetarios remitiéndose a servicios substitutivos que se venden en mercados explícitos, o de otras maneras. Ellos ilustran el importante punto de que la riqueza no se puede equiparar con el PGB, ni con ninguna medida pecuniaria *real* del bienestar. Una sociedad no es más rica porque las mujeres abandonan las labores productivas domésticas para dedicarse a la prostitución.

Hay otro tipo de mercado no explícito que también reviste importancia y que podría llamarse mercado “hipotético”. Compárense dos situaciones. En una de ellas, le ofrezco cinco dólares por una bolsa de naranjas, usted acepta y el intercambio se consuma. Podemos estar seguros de que la riqueza de la sociedad ha aumentado. Antes de la transacción usted tenía una bolsa de naranjas cuyo valor para usted era inferior a cinco dólares, y yo tenía cinco dólares; después de la transacción usted tiene cinco dólares y yo tengo una bolsa de naranjas cuyo valor para mí es superior a cinco dólares. Medidos por el valor monetario que atribuimos a los bienes en cuestión, ambos somos más ricos. Sin embargo, supóngase que en vez de comprarle las naranjas, sin querer las piso. Un tribunal que aplicara la fórmula de Hand para la responsabilidad por negligencia⁵⁸ preguntaría si el costo que tendría para usted el accidente es mayor o menor al beneficio que yo habría obtenido de la actividad en cuyo desarrollo se produjo el accidente. Para responder a la pregunta, el tribunal tendría que pronunciarse sobre el valor que tenían para usted las naranjas, y sobre cuál era el valor que tenía para mí el caminar de prisa, y así sucesivamente. Un purista insistiría en que los valores pertinentes no pueden conocerse debido a que no han quedado de manifiesto en una transacción real de mercado. Sin embargo, yo parto de la base que, al menos en muchos casos, los tribunales pueden

⁵⁸ Véase la nota 20 *supra* (Carroll Towing).

aventurar con razonable precisión cuál sería la asignación de recursos que maximizaría la riqueza. Sin embargo, como la determinación del valor (es decir, la disposición a pagar) que hacen los tribunales es menos exacta que la de un mercado, el enfoque del mercado hipotético debería reservarse para casos, como los de accidentes, en que los costos de transacción de mercado impiden que se utilice un mercado real para asignar los recursos en forma eficiente. Al hablar de “mercado real”, me refiero al que se basa en un intercambio voluntario, ya sea que se utilice o no dinero en este intercambio.

Un análisis desde la perspectiva del mercado hipotético puede ayudar a indicar la diferencia entre la maximización de la riqueza, por una parte, y la felicidad, la utilidad o la maximización del bienestar, según las conciben los utilitaristas y los economistas utilitaristas, por la otra⁵⁹. Si bien es cierto que, con las importantes salvedades antes señaladas⁶⁰, las transacciones en mercados reales pueden ser una buena prueba de que ha aumentado la felicidad, no puede decirse lo mismo de las transacciones en mercados hipotéticos, que por definición son involuntarias. Supóngase que una industria contaminante hace bajar el valor de la propiedad raíz residencial en 2 millones de dólares, pero que a la fábrica le costaría 3 millones trasladarse de lugar (que sería la única manera de eliminar la contaminación) y, por esta razón, la fábrica obtiene un fallo favorable en la acción judicial por perjuicios [*nuisance*] interpuesta por los dueños de las propiedades. Es posible que la molestia de éstos sea superior a la felicidad que experimenten los dueños de la fábrica (que podrían ser miles de accionistas, cada uno de los cuales fuera dueño de una pequeña parte de la empresa) al haberse evitado una sentencia condenatoria por 2 millones de dólares. Inviértanse ahora las cifras y supóngase que los dueños de las propiedades son personas adineradas y que, si la fábrica tuviera que cerrar, los trabajadores tendrían que asumir elevados costos por concepto de reubicación y muchos pequeños comerciantes del lugar irían a la quiebra. La sentencia que impusiera la clausura de la fábrica sería eficiente, pero seguramente no aumentaría la felicidad.

Como otro ejemplo de por qué no puede considerarse que la maximización de la riqueza sea un simple sustituto de la maximización del bienestar en el sentido estrictamente utilitarista, está el caso del hombre pobre que decide robar un collar de brillantes para regalárselo a su bella mujer. El collar tiene un valor de mercado de 10 mil dólares, cifra que,

⁵⁹ Pero véase la nota 11 *supra*.

⁶⁰ Véanse las pp. 221-222 *supra*.

asumimos, corresponde también al valor subjetivo que tiene para su dueña: es decir, estaría dispuesta a venderlo por cualquier suma superior a 10 mil dólares. La multa óptima por este robo (basada en el valor del collar, la probabilidad de detener y condenar al ladrón, los gastos en que incurre el sistema de justicia penal, etc.) asciende, por ejemplo, a 25 mil dólares, y, para resolver el problema del ladrón indigente, se ha establecido una pena de cárcel de, por ejemplo, tres años, que es igual o superior al inconveniente que significaría una multa de 25 mil dólares para el ladrón que pudiera pagarla. En este caso, podemos estar razonablemente seguros de que si nuestro hombre pobre se decide a cometer el robo, la felicidad total de la sociedad aumentará aunque él no pueda pagar la multa. El ladrón debe lograr una utilidad mayor que el perjuicio que irroga a la sociedad (en términos de costo para la víctima, gastos de funcionamiento del sistema de justicia penal, inseguridad a que da lugar el delito, etc.), puesto que dicho perjuicio afecta al ladrón en la forma de una molestia impuesta por la privación de libertad, pese a lo cual comete el delito de todas maneras. Sin embargo, el robo no aumenta la riqueza, porque no es el resultado de una transacción de mercado voluntaria ni de un mercado hipotético. Expresado en términos de un mercado real, la renuencia del ladrón a pagar el valor del collar, que se basa en su imposibilidad de hacerlo, indica que el valor que tiene el collar para él es inferior al que tiene para su dueña. Y no se justifica recurrir a un análisis de un mercado hipotético, puesto que no hay grandes problemas de costos de transacción de mercado como para contemplar la posibilidad de que el ladrón eluda el mercado. El collar no se adjudicaría al ladrón ni siquiera aplicando el enfoque del mercado hipotético, ya que en términos de la disposición a pagar, el collar no tiene más valor para él que para su dueña. En cambio, el enfoque del mercado hipotético se podría aplicar si una persona que tuviera medios económicos se introdujera en una cabaña deshabitada y robara comida para no morir de hambre. Los costos de transacción serían prohibitivos y habría razones para considerar que, en un sentido estrictamente económico, los alimentos tendrían mayor valor para el ladrón que para su dueño.

Tal como lo sugieren estos ejemplos, la relación entre riqueza y felicidad es incierta. Ello lo indica, además, el hecho aparente de que los habitantes de los países ricos no son más felices que aquéllos de los países pobres aun cuando dentro de éstos la gente acomodada parece ser más feliz que la menesterosa⁶¹. A juicio de Adam Smith, que no era utilitarista ni “economista del bienestar”, la gente se engaña al creer que sería más feliz

⁶¹ Véase Richard A. Easterlin (1973), p. 3; y Richard A. Easterlin (1974), p. 89.

si tuviera más dinero, aunque no le cabe duda de que esta convicción es generalizada y constituye un estímulo esencial para el progreso humano⁶².

No sólo no se puede equiparar la riqueza con la felicidad, sino que —lo mismo que plantea la terminología de la economía— las personas no son simples maximizadoras de la riqueza. La riqueza es un elemento importante de las preferencias de la mayoría de la gente (y, en consecuencia, la maximización de la riqueza se asemeja al utilitarismo en cuanto atribuye bastante importancia a las preferencias), pero no es la suma total de esas preferencias. Ésta es la razón por la cual la teoría económica positiva parte de la base de que las personas maximizan la utilidad en un sentido amplio y utilitarista, y es otro motivo por el cual la economía y el utilitarismo como sistemas éticos a menudo se confunden. Ahora bien, podría parecer que una teoría ética que se basara en la premisa de una sola preferencia —el deseo de riqueza— debe ser inferior a una que tenga en cuenta el conjunto de preferencias. Pero ello no es necesariamente así. Primero, como se verá, la búsqueda de la riqueza es más compatible con nuestras intuiciones respecto del comportamiento ético que la búsqueda de la felicidad. Segundo, es más fácil lograr que el principio de la riqueza, y no el utilitarismo, provea los elementos formales de una teoría ética —incluyendo la noción de derechos y de justicia correctiva. Una tercera consideración, relacionada con las anteriores, es que el principio de la riqueza es más definido que el principio de la felicidad. Esto no sólo es importante para obtener pautas concretas de conducta y de política, sino que para establecer límites a la intervención del Estado en la vida de las personas.

Me referiré aquí a las dos primeras consideraciones. Compárese al hombre que está dispuesto a pagar 10 mil dólares por un collar, con aquel que carece de dinero pero está dispuesto a incurrir en un perjuicio no pecuniario equivalente al de desprenderse de esa suma de dinero. La situación del primero es moralmente superior porque trata de aumentar su bienestar otorgando un beneficio a otro, a saber, la dueña del collar. Además, lo más probable es que el comprador acumulara los 10 mil dólares realizando una actividad productiva y, por lo tanto, una actividad provechosa para

⁶² Por esa razón, es desconcertante que suela considerarse que la *Riqueza de las naciones* es un escrito utilitarista, como lo hace Plamenatz (1958), p. 111. Rawls (1971), pp. 22-23, nota 9, y pp. 184-188, se refiere al Smith de *Theory of Moral Sentiments* como un utilitarista porque, a su juicio, el "espectador imparcial" de la ética smithiana se asemeja al "hombre agregado" (*aggregate man*) de los utilitaristas. De parecerse a algo, el espectador imparcial se asemeja al hombre que se encuentra en la posición rawlsiana original: en ambos conceptos se pone énfasis en que el desinterés es un elemento fundamental del concepto de justicia. Little (1957), p. 79, nota 2, observa, pero sin desarrollar el tema, que Adam Smith se refirió a la "riqueza" y no al "bienestar" ni a la "felicidad".

otras personas además de él, como podrían ser su empleador, sus clientes o los clientes de su padre, etc. En efecto, si partimos de la base de que los ingresos de una persona son inferiores al valor total de su producción⁶³, hay que concluir que la persona productiva entrega a la sociedad más de lo que toma de ella. De aquí que el comprador de nuestro ejemplo no sólo otorga un beneficio neto a la dueña del collar, que no aceptaría venderlo en 10 mil dólares a menos que tuviera un menor valor para ella, sino que en cada etapa de la acumulación de esa suma de dinero mediante la actividad productiva se otorgaron beneficios netos a otras personas además del productor. En cambio, el ladrón no proporciona beneficios a la dueña del collar ni a persona alguna. Puede que nunca en su vida haya realizado una acción productiva. Su “título” al collar, que los utilitaristas respetarían, se basa en una facultad —la capacidad de experimentar placer— que carece de valor para los demás. El hecho de que el término “ladrón” se utiliza en forma peyorativa incluso en aquellas sociedades en que es poco probable que se recurra al hurto —el cual se castiga muy severamente—, salvo en los casos en que la utilidad para el ladrón sea superior a las incomodidades para la víctima, es un dato relativo a nuestras creencias éticas que no se puede explicar mediante el utilitarismo, pero sí mediante la maximización de la riqueza.

Otros valores éticos también pueden fundamentarse mejor en la maximización de la riqueza que en el utilitarismo. Un ejemplo obvio es la libertad económica, puesto que casi la totalidad de los economistas (incluidos los economistas marxistas) están de acuerdo en que los mercados libres, cualesquiera sean las objeciones que puedan formularseles por razones de equidad, maximizan la riqueza de la sociedad. Por cierto, ésta es una afirmación empírica, pero sus bases son mucho más firmes que la pretensión de que los mercados libres minimizan la felicidad.

El principio de la maximización de la riqueza también permite derivar, aunque en forma menos obvia, la mayoría de las virtudes tradicionales, como cumplir lo prometido, decir la verdad, etc. La adhesión a estas virtudes facilita las transacciones, y así promueve el comercio y por lo tanto la riqueza, porque hace menos onerosa la supervisión de los mercados mediante la autoprotección, la pormenorización de los contratos, los juicios, etc.⁶⁴. Hasta el altruismo (la benevolencia) se puede interpretar como un principio de ahorro⁶⁵. Sin embargo, cabe señalar que tal vez el altruista

⁶³ Véase la nota 80 *infra*.

⁶⁴ Véanse Edmund S. Phelps (ed.) (1975); y Posner, *Economic Analysis of Law* (1977), pp. 185-186.

⁶⁵ Para un ejemplo concreto de esto, véase Landes y Posner (1978), p. 95.

perfecto decida vender sus servicios al mejor postor en vez de donarlos a la persona más necesitada de ellos. Debido a lo que cuesta determinar la necesidad por un criterio distinto de la disposición a pagar, es posible que en la práctica la asignación según precio otorgue mayores beneficios netos al resto de la sociedad que la asignación por “necesidad” o “mérito”⁶⁶. El primer método se traducirá también en una mayor acumulación de riqueza, que puede entregarse total o parcialmente. Pero, de nuevo, el perfecto altruista no querrá destinar tanto tiempo a seleccionar a los que recibirán ayuda entre los que la solicitan como para que su trabajo productivo, y por lo tanto los beneficios que éste otorga a los demás, disminuya severamente.

En síntesis, el principio de maximización de la riqueza estimula y recompensa las virtudes tradicionales (“calvinistas” o “protestantes”) y las capacidades que se asocian al progreso económico. Las capacidades (tales como la inteligencia) promueven la eficiencia con que es posible utilizar los recursos; las virtudes (tales como la honradez y el altruismo bien entendido), al reducir los costos de transacción de mercado, hacen otro tanto. Es discutible que el principio de la felicidad también lleve envuelta la misma constelación de virtudes y capacidades, en especial dado el grado de sacrificio que lleva implícito el apego a las “virtudes protestantes”. Los utilitaristas tendrían que atribuir a la capacidad de goce, la autocomplacencia y otros valores hedonistas y epicúreos al menos igual énfasis que a la diligencia, la honradez, etc., que los utilitaristas aprecian únicamente porque tienden a aumentar la riqueza y, por lo mismo, *podrían* aumentar la felicidad.

Naturalmente, no todos están de acuerdo en que el mercado saca a relucir lo mejor del hombre. Frank Knight cita el siguiente pasaje de Ruskin:

En una comunidad regulada por las leyes de la oferta y la demanda, pero protegida de la violencia abierta, las personas que se enriquecen son generalmente industriosas, resueltas, orgullosas, ambiciosas, puntuales, metódicas, sensatas, poco imaginativas, insensibles e

⁶⁶ Hayek ha expresado esto bien: “Todavía valoramos hacer el bien únicamente cuando ello tiene por objeto favorecer necesidades concretas de personas conocidas, y consideramos que es realmente mejor ayudar a un conocido que se está muriendo de hambre que aliviar las necesidades apremiantes de cien desconocidos, pero de hecho generalmente hacemos mayor bien cuanto procuramos obtener una ganancia [...]. Es muy posible que la finalidad que quiera dar a sus utilidades un empresario próspero sea regalar un hospital o una galería de arte a su ciudad natal. Pero, aparte de la cuestión de lo que desea hacer con sus ganancias después de que las ha obtenido, se le hace beneficiar a más personas tratando de que obtenga la mayor ganancia que pueda si se concentrara en satisfacer las necesidades de personas conocidas. Es conducido por la mano invisible del mercado para que proporcione las comodidades modernas a las familias más pobres, que ni siquiera conoce.

ignorantes. Las personas que siguen siendo pobres son las totalmente necias, las totalmente sabias, las perezosas, las temerarias, las modestas, las consideradas, las insulsas, las imaginativas, las sensibles, las bien informadas, las imprevisoras, las anormal e impulsivamente malvadas, los bribones descarados, las personas totalmente compasivas, justas y temerosas de Dios⁶⁷.

No sé de ninguna evidencia sistemática que confirme las aseveraciones de Ruskin, pero no hay duda de que algunas de ellas son inverosímiles. Es una gran ventaja para los negocios ser imaginativo (por ejemplo, para idear productos, procesos productivos y métodos de distribución nuevos), sensible (para tratar con socios, empleados, clientes y abastecedores y para prever variaciones de la demanda de los consumidores), y bien informado, al menos dentro de un campo limitado. Cuesta concebir que en una economía de mercado la persona bien informada, atenta y juiciosa no haya de enriquecerse precisamente *porque* tiene estas cualidades. A lo mejor Ruskin pensaba que una persona así no tendría interés en ser rica. Pero, en este caso, probablemente sería así cualquiera que fuese la forma de organización de la economía. Además, en una economía de mercado un hombre compasivo, justo o temeroso de Dios no tiene por qué encontrarse en situación de desventaja competitiva, salvo que se considere que estas cualidades (en especial la última) entrañan una aversión a producir para el mercado.

Otro sentido en que la maximización de la riqueza parece ser, como principio moral, más susceptible de defensa que el utilitarismo se funda en el hecho de que ofrece una base más firme para una teoría de la justicia, tanto distributiva como correctiva. Dworkin y Kennedy se equivocan al sostener que la fuente de los derechos que se intercambian en una economía de mercado es en sí externa al principio de la maximización de la riqueza⁶⁸. El propio principio exige establecer un sistema de derechos exclusivos que, idealmente, abarcará todas las cosas apreciadas que son escasas, no sólo los bienes muebles e inmuebles, sino que también el cuerpo humano e incluso las ideas. La verdad es que hay casos en que estos derechos deben ser cualificados debido a lo que cuesta protegerlos (por eso la legislación de patentes, de derechos de autor y otros resguardos conexos sólo protegen un subgrupo de ideas valiosas) y debido a los problemas que plantean los usos conflictivos (¿debería yo tener derecho a quemar la basura en mi propiedad o debería mi vecino tener derecho a estar libre del

⁶⁷ Knight (1935), p. 66. Para un amplio y no concluyente debate acerca de la ética del sistema de mercado, véase Gerald Dworkin, Gordon Bermant y Peter G. Brown (eds.) (1977).

⁶⁸ Véase Ronald Dworkin (1977), pp. 97-98; y Kennedy (1976), pp. 1763-1764.

humor?). Sin embargo, el compromiso del enfoque económico con el principio de los derechos exclusivos es mucho más fuerte que el de los utilitaristas o, en todo caso, del de muchos kantianos.

Los economistas tampoco se limitan a decretar que deben establecerse derechos exclusivos para luego guardar silencio en cuanto a quiénes habría que otorgárselos. Es verdad que si las transacciones de mercado fueran gratuitas, a los economistas les sería indiferente a quién se le otorgara inicialmente un derecho exclusivo. El proceso de intercambio voluntario reasignaría sin costo alguno el derecho a la persona que más lo apreciase. Sin embargo, cuando se abandona el supuesto poco realista de que los costos de transacción son iguales a cero, la asignación de los derechos se vuelve definitiva —cuestión que Dworkin y Kennedy pasaron por alto. Si los costos de transacción son positivos, el principio de maximización de la riqueza exige que los derechos se atribuyan inicialmente a aquellos que seguramente han de apreciarlos mejor⁶⁹. Ésta es la razón económica para darle a un trabajador el derecho a vender su trabajo y a una mujer el derecho a determinar cuál será su pareja. Si estos derechos se asignaran al azar a desconocidos, por lo general, aunque no siempre, serían readquiridos por el trabajador y la mujer, respectivamente. Además, no hay ningún mecanismo para identificar inicialmente el derecho y atribuirlo a una persona que, en realidad, lo aprecie tanto que tal vez no lo revendería a su dueño “natural”. No hay duda de que las dificultades inherentes a contraer un préstamo con cargo a capital humano⁷⁰ harían fracasar los esfuerzos del propietario natural por volver a comprar su derecho al trabajo o a su cuerpo, incluso a alguien que realmente no lo apreciara más que él —pero ello es tan sólo una razón adicional para atribuir inicialmente el derecho a su dueño natural.

Charles Fried sostiene que es un error asignar los derechos individuales de esta manera, porque resolver que la persona aprecia más que nadie su vida, cuerpo, mente, etc., presupone alguna idea de que el individuo es un ente que ya es titular de su vida, cuerpo, mente, etc.⁷¹. Pero la posesión no es dominio. Aunque Fried considera particularmente absurdo que, por así decirlo, la dentadura de una persona esté al alcance de cualquiera, considérese el siguiente caso hipotético. Como mis dientes son refulgentes y nacarados, la compañía Colgate contrata a un fotógrafo para

⁶⁹ Véase Posner, *Economic Analysis of Law* (1977), parte I.

⁷⁰ Hago abstracción de las dificultades que pueden evitarse, tales como las leyes de quiebra y la prohibición legal de los contratos laborales voluntarios de servidumbre.

⁷¹ Véase Fried (1978), pp. 103-104.

que siga mis pasos y me fotografíe cada vez que yo sonrío y luego, sin mi autorización, publica las mejores fotos en un aviso de dentífrico Colgate. En una oportunidad, la Corte de Apelaciones de Nueva York opinó que en un caso así no había violación de los derechos individuales⁷². En la práctica, lo que hizo el tribunal fue asignar el derecho a una sonrisa radiante a una persona distinta de su dueño “natural”. Aunque desde el punto de vista económico su opinión fue equivocada y, en general, ha sido rechazada⁷³, no creo que haya entrañado alguna contradicción o absurdo.

Otra consideración relacionada con la distribución inicial de los derechos es la ineficiencia de los monopolios (factor que también desaparecería en un mundo en que los costos de transacción fueran iguales a cero)⁷⁴, la cual postula que habría que dividir los derechos en unidades pequeñas y asignarlos a muchas personas diferentes para que el costo de reunirlos en un solo bloque sea lo bastante grande como para que resulte prohibitivo otorgar facultades monopólicas. En consecuencia, atribuir a una sola persona el derecho al trabajo de todos los obreros de las empresas eléctricas, de las fundiciones o de los restaurantes sería ineficiente porque se traduciría en la monopolización de una parte de la oferta de mano de obra y, por lo tanto, en una disminución de la riqueza de la sociedad.

Pese a estas consideraciones, una distribución inicial de los derechos que fuese consistente con la meta de maximización de la riqueza podría ser extremadamente inequitativa. Y aunque con el tiempo el funcionamiento de un mercado libre, la división del patrimonio entre los herederos, etc., podría acarrear una mayor igualdad, también podría ser que no lo hiciera, según la forma en que las aptitudes productivas estuviesen distribuidas en la población. Sin embargo, lo que preocupa a los teóricos que sostienen que la teoría económica del Derecho es una teoría de los derechos presentada como una especie de utilitarismo no es la desigualdad de los resultados, sino la supuesta incongruencia entre la maximización de la riqueza o de la felicidad y la protección de los derechos. Pero la verdad es que, en la práctica, la teoría de los derechos es uno de los corolarios importantes del principio de la maximización de la riqueza.

Naturalmente, los derechos que se derivan de la teoría económica no son otorgados por Dios ni son en algún otro sentido trascendentales, sino “simples” instrumentos de la maximización de la riqueza. Pero no es muy claro que esto haga que sean más débiles que los derechos propugnados por los teóricos kantianos de los derechos. El concepto histórico de justicia de

⁷² *Robertson v. Rochester Folding Box Co.*, 171 N. Y. 538, 64 N. E. 442 (1902).

⁷³ Véase Posner (1978), pp. 411-412.

⁷⁴ Los consumidores “sobornarían” a los monopolistas para que aumentaran su producción a niveles competitivos y se eliminaría el tradicional peso muerto de los monopolios.

Nozick debilita *todos* los derechos al hacer que su validez dependa de la justicia de la asignación inicial y de todas las transferencias posteriores del derecho: cada derecho debe tener un “pedigree” impecable⁷⁵. Para otros pensadores kantianos de los derechos, como Rawls, se puede justificar una amplia intervención pública en el sistema de los derechos de propiedad en nombre de la protección los derechos absolutos. Como se verá, el principio de la maximización de la riqueza puede llevar envuelta alguna redistribución pública de la riqueza, pero se trata de un tipo mucho más limitado que aquel que se puede derivar de los principios kantianos que defienden Rawls y Nozick.

En un sistema basado en la maximización de la riqueza, la justicia correctiva es el campo de acción del Derecho de la responsabilidad extracontractual (*torts*). De acuerdo con sus disposiciones, toda persona que haya sufrido perjuicios por la violación de los derechos que posee en virtud de los principios de justicia distributiva del sistema tiene la facultad de ser indemnizado. Tras haber señalado imprudentemente en otro escrito que el pago de perjuicios a la víctima de un daño por responsabilidad extracontractual (en vez de al Estado, o a un ente privado distinto de la víctima encargado de hacer efectiva esa responsabilidad, o a otros) es un “detalle”⁷⁶, debo hacer hincapié en que este “detalle” está firmemente arraigado en el sistema de remedios legales que lleva envuelto el principio de la maximización de la riqueza⁷⁷.

Finalmente, como he demostrado en otra oportunidad, el principio de maximización de la riqueza también permite derivar las características puramente formales de un sistema legal justo —esto es, que las leyes sean publicadas, que no se apliquen *ex post facto*, etc.⁷⁸.

Para recapitular, el principio de la maximización de la riqueza entraña, primero, una asignación inicial de derechos individuales (a la vida, a la libertad y al trabajo) a sus titulares naturales; segundo, mercados libres que permitan reasignar periódicamente esos derechos a otros usos; tercero, normas legales que simulen las operaciones del mercado en aquellos casos en que el costo de las transacciones de mercado sea prohibitivo; cuarto, un sistema de recursos legales para impedir y corregir la violación de los derechos; y quinto, un sistema de moral personal (las “virtudes protestan-

⁷⁵ Para críticas del concepto histórico de derechos de Nozick, véase por ejemplo Robert Paul Wolff (1977), p. 9, nota 9, y John D. Hodson (1977), pp. 212, 221.

⁷⁶ Lo que quise decir en *Economic Analysis of Law* (1977), p. 143, era que constituía un detalle desde el limitado punto de vista de asignar el costo correcto al culpable del acto ilícito de carácter civil [*torfeasor*].

⁷⁷ Véase Posner, *Economic Analysis of Law* (1977), p.143, nota 2, y pp. 399-403; y William M. Landes y Posner (1975), pp. 30-36.

⁷⁸ Véase Posner, *Economic Analysis of Law* (1977), pp. 189-191.

tes”) que sirva para reducir el costo de las transacciones de mercado. Si los campos de acción tradicionales del *Common Law* se reorganizaran de manera más funcional, el primero de ellos sería el correspondiente al Derecho de propiedad, el segundo al derecho de los contratos, el tercero al Derecho de la responsabilidad extracontractual y el cuarto al derecho procesal y correctivo (incluido el Derecho penal).

2. *Una vuelta a la crítica del utilitarismo.* A continuación, indagaré en qué medida las críticas que se formulan al utilitarismo son aplicables también al análisis económico. De paso, esta indagación ayudará a dilucidar mejor el enfoque económico.

El problema de los límites se simplifica cuando la riqueza reemplaza a la felicidad como maximando. Los animales tienen importancia, pero sólo en la medida en que acrecienten la riqueza. La población óptima de ovejas no se determina especulando sobre su capacidad de sentir agrado en relación con la capacidad que tienen las personas de sentir agrado, sino por la intersección del producto marginal y el costo marginal de tener ovejas.

Una consecuencia menos feliz del enfoque relativo a la maximización de la riqueza es que las personas muy pobres —no aquellas que simplemente carecen de dinero en efectivo, sino las que no tienen suficiente poder para generar ingresos como para sufragar los gastos de un nivel de vida mínimamente decente— sólo tienen importancia si forman parte de la función de utilidad de una persona que tenga dinero. Con las escasas excepciones a que se aludirá más adelante, si el criterio de maximización de la riqueza se aplica estrictamente, no existe un deber *público* de mantener a los indigentes. Tal vez parezca que esta conclusión atribuye demasiada importancia a la capacidad de las personas. Si resulta que nació retrasada mental y que su producto social neto es negativo, no tendría derecho a que se le den los medios para ganarse la vida, por mucho que no pueda reprochársele su incapacidad para mantenerse por sí misma. Este resultado repugna la sensibilidad moderna, pero no veo manera de eludirlo que sea compatible con *alguno* de los grandes sistemas éticos. El punto de vista que han promovido Rawls y otros, en el sentido de que la dotación genética de una persona es una especie de casualidad que carece de importancia moral, es incompatible con la idea kantiana de individualidad de la que ese punto de vista supuestamente deriva. Tratar de la misma manera al inventor y al idiota porque se sostiene que tienen un derecho moral sobre recursos valiosos es no tomar seriamente en cuenta las diferencias que se dan entre una persona y otra⁷⁹. Un aspecto conexo es que cualquier política de redistribución afecta la autonomía de aquellos a partir de los cuales se lleva a cabo dicha redistribución.

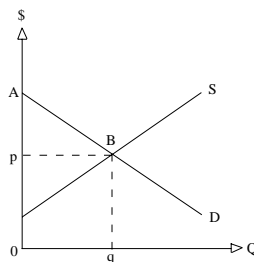
⁷⁹ Véase el texto de la nota 53 *supra*.

En lo que respecta a la situación de los no nacidos, mirada desde el punto de vista de la maximización de la riqueza, lo fundamental es definir hasta qué punto uno está dispuesto a hacer valer la idea de los mercados hipotéticos. Se puede calcular, aunque de manera muy general, si la población adicional podría bastarse a sí misma económicamente. El aumento de la población podría reducir la riqueza de una sociedad muy hacinada, pero al mismo tiempo, aumentar mucho la de un país escasamente poblado que tuviera una buena dotación de recursos naturales.

Puede ser que al sugerir que lo que hay que preguntarse es si el producto social de la población adicional es superior a su costo social, en lugar de preguntarse si el resto de la población se hará más rica, parezca que implícitamente resuelvo el problema de los límites pronunciándome a favor de que se incluya la población adicional en aquélla cuya riqueza nos interesa maximizar. Pero en la práctica, estos planteamientos son equivalentes. Las personas productivas entregan más a la sociedad que lo que sacan de ella⁸⁰. En consecuencia, la población existente se beneficiará mientras la población adicional sea productiva.

⁸⁰ Véase el gráfico 1 *infra*. D, la demanda (de algún tipo) de mano de obra, representa los precios que podrían cobrar los trabajadores, u otros productores, por diversas cantidades de trabajo. Si hay competencia entre los trabajadores, el producto de su trabajo se llevará al punto q del Gráfico 1, en que el producto marginal de su mano de obra, esto es, lo que los que demandan trabajo pagarán en el margen competitivo, es precisamente igual al precio de oferta (S), que representa los costos de oportunidad del tiempo de los trabajadores y de otros insumos (educación), etc. De esta manera, el rectángulo pq representa el ingreso total de la fuerza de trabajo, mientras que el espacio más grande, $ABqO$, representa el producto social total de su trabajo. La diferencia es una forma de "excedente del consumidor", a cuyo respecto véase John R. Hicks (1969), desde p. 325.

GRÁFICO Nº 1



El diagrama exagera el tamaño del excedente, puesto que parte de él podría representar volver a los abastecedores de insumos que eran responsables de la productividad de los trabajadores. Sin embargo, generalmente se parte de la base de que, en una economía competitiva, los productores son incapaces de apropiarse de la totalidad del valor de su producto. Incluso el dueño de una patente de invención sólo puede aprovechar el valor producido por su invento los 17 primeros años. E incluso durante ese período, no podría absorber todo el excedente del invento destinado a los consumidores a menos que pudiera discriminar *perfectamente* en cuanto al precio, lo que nunca es posible.

En cuanto a los extranjeros, una política que relacione la libre inmigración con la ausencia de apoyo público a los inmigrantes asegurará que sólo se produzca aquella inmigración que maximice la riqueza. No inmigrará nadie que piense que los ingresos que obtenga serán inferiores a lo que le costará mantenerse. Ya que, salvo en caso de error, el ingreso del inmigrante será inferior al total de su producto social, su aporte al resto de la población será mayor que lo que obtiene de ella en la forma de bienes y servicios.

En consecuencia, en un sistema de maximización de la riqueza no se resolverá un conflicto real entre el promedio y el total. Lo más probable es que aumente el promedio de riqueza de la población existente como consecuencia de la inmigración, siempre que los inmigrantes internalicen cualquier posible externalidad negativa derivada de la inmigración. Además, difícilmente se producirá conflicto entre la maximización de la riqueza de un país y la del mundo, porque la mayoría de las restricciones al comercio perjudican a ambas partes.

El problema de medición que tanto importuna al utilitarismo se resolverá fácilmente limitando el alcance del criterio de maximización de la riqueza a mercados reales en que no se planteen grandes problemas de monopolio o de externalidades: cualquier transacción voluntaria que se produzca en ese mercado debe aumentar la riqueza de la sociedad. Esta proposición no es el principio paretiano en el sentido antes examinado, que es un principio de la utilidad, sino un principio esencialmente tautológico de maximización de la riqueza. Sin embargo, exigir que el criterio de maximización de la riqueza cumpla con la condición de voluntariedad es demasiado restrictivo y, una vez que se amplía su ámbito de manera que incluya mercados hipotéticos, surge un problema de medición. En todo caso, es menos grave que el de medir la felicidad. Por ejemplo, el derecho del médico a cobrar sus honorarios después de atender a la víctima de un accidente que se encontraba inconsciente se basa en el supuesto razonable de que si la víctima hubiera podido convenir con el médico el valor de sus servicios, lo habría hecho. Incluso Epstein, que desconfía mucho de los intentos de la ley por simular soluciones de mercado, estaría de acuerdo en reconocer que en ese caso habría que pagarle al médico sus honorarios⁸¹. Cuando no se puede hacer que un mercado funcione, es mucho más fácil predecir las preferencias de mercado de las personas que las políticas que maximizarán la felicidad subjetiva.

⁸¹ Véase Epstein (1973), p. 203 y Landes y Posner (1978), p. 84, nota 3, y pp. 109-110.

Los peligros del instrumentalismo también son menores en un sistema de maximización de la riqueza que en uno utilitarista. La persona que maximiza la riqueza limita la coacción legítima a un campo mucho más restringido que la utilitarista. De acuerdo con el enfoque de maximización de la riqueza, el único fundamento para interferir en la libertad económica y personal es que el mercado tenga una falla tan grande que la riqueza de la sociedad se puede aumentar mediante la coacción pública, lo que de por sí es costoso. Pese a que los economistas difieren respecto de cuestiones tales como en qué momento los mercados dejan de funcionar en forma eficaz y cuán costoso es corregir esas fallas, al menos éstas son cuestiones empíricas y no de valor. A algunos libertarios les preocupa que los economistas se valgan de los problemas de medición inherentes al uso de un enfoque basado en el criterio de mercados hipotéticos para imponerle a la gente toda clase de deberes, en nombre de la eficiencia. Sin embargo, insisto en que desde el punto de vista económico sólo corresponde imponer deberes en el caso excepcional en que los costos de transacción de mercado sean prohibitivos. Epstein se equivoca cuando sugiere que el principio de maximización de la riqueza entrañaría obligar a un cirujano a atravesar toda la India si fuera el único médico que pudiera salvarle la vida a una persona⁸². Éste no es un caso en que los costos de transacción sean elevados. Si la persona puede pagar lo que cobra el cirujano, éste viajará para atenderlo, de lo contrario, el médico maximizará la riqueza social quedándose en su casa.

Como lo indica este ejemplo, el enfoque económico es menos favorable a la redistribución que el enfoque utilitarista. Como se recordará, muchos utilitaristas derivan una meta de equiparación del ingreso combinando el principio de la utilidad marginal decreciente de los ingresos monetarios y la conjetura de que las funciones de utilidad de la gente son muy similares (o que al menos no están directamente relacionadas con la riqueza). La mayoría de los economistas acepta que el principio de la utilidad marginal decreciente de los ingresos es una descripción teórica y empíricamente plausible de la función de las preferencias individuales. Con todo, al menos en tanto economistas interesados en maximizar la riqueza, ellos no tienen nada que decir sobre la posición relativa de las funciones de utilidad de las personas. En un sistema de maximización de la riqueza, el hecho de que A tenga mayor capacidad que B para disfrutar de una determinada suma de dinero no es razón para quitarle dinero a B y dárselo a A. Es posible tal vez que la transferencia aumente la felicidad de la sociedad, pero no incrementaría su riqueza.

⁸² Epstein (1973), p. 199; véase Landes y Posner (1978), pp. 126-127.

Sin embargo, la conclusión de que cualquier pago por concepto de transferencia que se realice mediante coacción resulta improductivo está sujeta a dos salvedades. Primero, es posible que desde el punto de vista económico se justifique realizar algunos intentos, por modestos que sean, para lograr que la distribución del ingreso y de la riqueza sea más equitativa debido a que una distribución de esta naturaleza tal vez reduzca la incidencia y en consecuencia el costo de delinquir, ya sea aumentando el costo de oportunidad del criminal (es decir, el ingreso que deja de percibir realizando una actividad legítima), y, de manera menos probable, disminuyendo los ingresos que se podrían obtener del delito⁸³. Segundo, en la medida en que las personas sean altruistas y, por lo tanto, estén dispuestas a transferir parte de sus ingresos a quienes se encuentran en peor situación, es posible que los aspectos de bien público que envuelve el dar por razones caritativas (es decir, el hecho de que aliviar la pobreza otorgue un beneficio a un no donante afligido por la pobreza) justifiquen la intervención pública. Sin duda, incluso esta base para la redistribución es más limitada que las que pueden invocar los utilitaristas: pocas son las personas tan altruistas que deseen nivelarse con las demás al punto en que nadie sea más pobre que ellas⁸⁴.

Vuelvo ahora a la cuestión de si los resultados del enfoque económico, al igual que los del utilitarista, son tan atrocemente incompatibles con nuestras intuiciones morales corrientes. Me parece que no. Un sistema ético basado en la maximización de la riqueza no tiene cabida para el “monstruo de la utilidad”⁸⁵. El hecho de que al ponderar la felicidad resultara que el placer que me diera torturar a las personas fuese superior a su sufrimiento no me convertiría en una buena persona, ni me daría derecho a torturar a la gente. Tendría que *comprar* el consentimiento de mis víctimas, y estas compras pronto agotarían la riqueza de todos los sádicos salvo la de los más adinerados. Por lo general, los que critican el sistema de mercado piensan en las posibilidades que ofrece la riqueza y no en las limitaciones que impone un sistema de mercado a la satisfacción de los deseos individuales. En un sistema utilitarista cabal no hay restricciones presupuestarias que le corten las alas al monstruo de la utilidad. Pero en un sistema de

⁸³ El modelo económico de delito que genera estos resultados se desarrolla en Isaac Ehrlich (1974), p. 68. Naturalmente, el hecho de que la redistribución del ingreso sea o no un método eficiente para luchar contra el crimen depende de sus costos y beneficios en relación con los de métodos alternativos tales como la aplicación de penas más severas o la mayor certeza de sanción.

⁸⁴ Véase Arnold Harberger, “Basic Needs Versus Distributional Weights in Social Cost-Benefit Analysis” (trabajo inédito, Universidad de Chicago, Departamento de Economía).

⁸⁵ Expresión tomada de Nozick (1974), p. 41.

maximización de la riqueza, sus actividades están circunscritas por las limitaciones de su patrimonio y sus víctimas están protegidas por un sistema de derechos que obliga al monstruo a pagarles a ellas el precio que determinen por sí mismas.

La cuestión de la envidia ilustra más a fondo las diferencias morales entre el utilitarismo y la maximización de la riqueza. Puede ser que en una sociedad en que la riqueza sea amplia y generalizada, el logro de la felicidad máxima exija que el Gobierno adopte políticas drásticas para nivelar los ingresos, aunque ellas reduzcan la riqueza total de la sociedad. En cambio, en una sociedad comprometida con la maximización de la riqueza, la envidia no justifica la intervención pública, porque no hay razones para sostener que para corregir una falla del mercado haya que redistribuir la riqueza de los envidiados a los envidiosos.

La gran diferencia entre la moralidad utilitarista y la moralidad económica, y a mi entender el origen de la “monstruosidad” de la primera, es que, pese a sostener que les preocupa el bienestar *social*, los utilitaristas lógicamente deben atribuir valor a toda clase de conductas antisociales, tales como la envidia y el sadismo, porque ellas por lo general son fuente de satisfacción personal y, por lo tanto, de utilidad. En cambio, la riqueza que se consigue en forma legal sólo se crea haciendo cosas por los demás, ofreciéndoles negocios ventajosos. Es posible que el individuo sea totalmente egoísta, pero en una economía de mercado bien reglamentada no puede promover sus propios intereses sin beneficiar a los demás como lo hace consigo mismo. Para repetir una vez más un planteamiento central de este trabajo: como en una economía de mercado el producto social de la persona productiva será superior a sus entradas, esta persona no puede menos que crear más riqueza que la que extrae de la sociedad⁸⁶. En una sociedad utilitarista, perseguir el egoísmo no tiene esta limitación.

Al respecto, cabe señalar que el aspecto literario del pensamiento inglés del siglo diecinueve, cuya dimensión filosófica estuvo dominada por el utilitarismo, popularizó un ideal de ocio —escapar del “comercio” para dedicarse a la descansada vida del caballero agricultor. Estas tendencias aparentemente contrapuestas del pensamiento de la época van unidas a la preocupación por alcanzar la felicidad. Se trata de una búsqueda en que no necesita intervenir la actividad productiva. Es posible que la persona que se sumerja en la vida contemplativa alejada del mundanal ruido sea más feliz

⁸⁶ Esto puede explicar la razón por la cual la pereza es una característica desdeñada por nuestra sociedad. La persona perezosa reemplaza el ocio —que no produce excedente de consumo para el provecho del resto de la sociedad— por trabajo, que sí lo produce.

que el magnate de la industria, pero el excedente que produzca para el goce del resto de la sociedad también será menor.

Tal vez los kantianos no estén convencidos de que la búsqueda de la riqueza nunca puede llevar a la monstruosidad. Tal vez quieran modificar el ejemplo de Smart sobre las ovejas de la siguiente manera⁸⁷: supóngase que hay 100.000 ovejas cuyo valor total sea superior al valor en dinero que puede razonablemente atribuirse al niño, ¿no deberá acaso el economista pensar que, cuando resuelve sacrificar al niño, el conductor es un hombre bueno, o al menos no es un hombre malo? Yo digo que sí y de igual manera se responde todo el tiempo en nuestra sociedad (y en todas las demás). Ordinariamente se autoriza la realización de actividades peligrosas basándose en que el costo de evitar el peligro es superior al costo para las víctimas. Sólo los fanáticos se niegan a compensar vidas por bienes, aun cuando la dificultad de evaluar vidas sea una razón válida para que éstas pesen mucho en la balanza cuando al otro extremo de ella hay sólo bienes.

Otra prueba de que un sistema moral basado en principios económicos es congruente con nuestras intuiciones morales cotidianas, y puede estructurarlas, es la estrecha correspondencia entre 1) la idea que tienen las personas comunes acerca de la negligencia, 2) la definición de negligencia del Derecho de la responsabilidad extracontractual, y 3) la idea de negligencia que tienen los economistas, según lo esclarecido por John Brown y otros⁸⁸. La negligencia entraña crear riesgos de accidente cuyo costo no se justifica: son un derroche o disminuyen la riqueza. El hombre común, al igual que el juez que aplica las normas relativas a la negligencia y el economista que las explica, distinguen claramente los accidente causados por un descuido de los “accidentes inevitables” que no habrían podido impedirse a un costo inferior al costo previsto del accidente. La jurisprudencia de kantianos tales como Richard Epstein y George Fletcher, quienes piensan que la presunción legal de responsabilidad *prima facie* por negligencia y por causar daño en forma inevitable deberían ser la misma cosa, desdibuja esta importante distinción moral⁸⁹.

La otra forma de aberración moral, que deriva de sacrificar el interés individual por el interés agregado, constituye un problema que podría plantearse tanto en el enfoque económico como en el utilitarista. A manera de ejemplo podría citarse el hecho de ganar una querrela de amparo contra el dueño de una fábrica de ladrillos debido a que cambios imprevistos en las

⁸⁷ Véase el texto en la nota 38 *supra*.

⁸⁸ Véase John Prather Brown (1973), desde p. 123.

⁸⁹ Véase Epstein, *supra* nota 22; y George P. Fletcher (1972), desde p. 537.

características del vecindario ocurridos después de construida la fábrica han hecho que el uso de la tierra sea inferior al óptimo. Pero sin duda éste es un pálido ejemplo de redistribución coactiva; y en un sistema de maximización de la riqueza es mucho menos probable que haya que sacrificar en forma verdaderamente monstruosa los intereses individuales en pro de los intereses del grupo que en un sistema utilitarista. En especial, en un sistema de maximización de la riqueza, lo que Dworkin ha llamado “preferencias externas”⁹⁰, esto es, una aversión a un grupo que no está basada en alguna intrusión palpable (ruido, contaminación, o lo que sea), rara vez o nunca justificará la intervención pública. En un sistema de esta naturaleza, si la Alemania nazi hubiese querido deshacerse de los judíos habría tenido que comprarlos. En este caso, no habría mayores razones económicas para la coacción que en el contexto usual (esto es, de costos de transacción bajos) de las expropiaciones⁹¹.

Sin embargo, me preocupa que la lógica de los casos de las querellas de amparo contra los salones funerarios pueda hacerse extensiva a los judíos, a los negros u otras minorías raciales, religiosas o étnicas. Así como la presencia de un salón funerario puede hacer bajar el valor de la tierra porque a las personas que viven cerca de él les desagrada que les recuerden la muerte, la presencia de judíos o de negros en un barrio determinado también podría causar tanta molestia a sus vecinos como para hacer bajar el valor de los inmuebles en una suma superior a la que estarían dispuestos a pagar los miembros de esa minoría por permanecer en el barrio. En estos casos, alguna forma de segregación maximizaría la riqueza. Sin embargo, rara vez sucede que el ostracismo, la expulsión o la segregación de un grupo productivo maximice la riqueza de una sociedad.

Otro caso perturbador es el de las externalidades negativas de la población, ya mencionado. En una sociedad en que la relación entre personas y recursos fuera tan elevada que el costo social previsto de la población adicional fuese superior al producto esperado, se justificaría imponer límites a la tasa de natalidad —dependiendo, naturalmente, de lo que costara aplicar esta política mediante los instrumentos esencialmente imperfectos del gobierno. Aunque por razones estrictamente económicas los economistas son partidarios de gravar la natalidad en vez de prohibir que las familias tengan más de un número determinado de hijos, cabe concebir que a mu-

⁹⁰ Ronald Dworkin (1977), pp. 232-238, 275-277.

⁹¹ Véase Posner, *Economic Analysis of Law* (1977), pp. 40-44, para una descripción de las razones por las cuales los economistas consideran que, en la mayoría de los casos en que se utiliza, no se justifica el poder de expropiación, y lo limitarían más que nada a una servidumbre de paso —pero en todo caso insistirían en que debe pagarse una indemnización.

chas personas el impuesto óptimo les resultará prohibitivo. Lo más probable es que esto sucedería si la población óptima fuera inferior a la existente, de tal manera que para maximizar la riqueza de la sociedad no bastaría con limitar la tasa de natalidad al nivel de reemplazo.

Otras esferas en que probablemente los resultados de la aplicación del principio de la maximización de la riqueza como criterio ético sean distintos de las intuiciones morales comunes comprenden: 1) la implacable insistencia de los economistas en la libertad contractual en casos en que no hay fraude, externalidades, incapacidad, monopolio ni otras fuentes de falla del mercado y 2) su indiferencia (en cuanto economistas) ante los valores igualitarios.

1) Desde el punto de vista de la maximización de la riqueza, si A, tal vez para proporcionarle dinero a su familia (pero la razón carece de importancia) se vende como esclavo a B, o si C pide dinero en préstamo a D con una cláusula penal que establece que en caso de incumplimiento D puede quebrarle las rodillas a C, no hay razones económicas para negarse a hacer cumplir cualquiera de los dos contratos, salvo que haya algún elemento de engaño o de fuerza. Tampoco en estos casos los economistas considerarían que la promesa es tan irracional como para crear una presunción irrefutable de que se obtuvo mediante engaño o fuerza, o que adolece de nulidad por demencia u otra incapacidad⁹². O bien, si una persona blanca se niega enfáticamente a relacionarse con negros porque su experiencia previa con algunos negros le hizo formarse una opinión desfavorable acerca de los negros en general y el costo que para esta persona plantea el considerarlos caso por caso es superior a los beneficios que se espera obtener, la teoría económica no ofrece motivos para criticar su conducta, ya que ella maximiza la riqueza⁹³.

2) A menudo se dice que las cuestiones relacionadas con la eficiencia o la riqueza no pueden separarse de las cuestiones relativas a la distribución, debido a que la asignación eficiente de los recursos es, en parte, función de lo que la gente tiene. Es decir, si se cambian sus derechos, varía la asignación óptima. Pero esta forma de plantear la relación entre asignación y distribución induce a error. Como se indicó más arriba, de la propia meta de maximización de la riqueza se puede deducir un sistema de derechos. Una vez que se establecen estos derechos (al propio cuerpo, el traba-

⁹² Véase Anthony T. Kronman y Posner (eds.) (1978), "Note on Paternalism".

⁹³ Esta es la llamada "teoría estadística de la discriminación". Véase, por ejemplo, Edmund S. Phelps (1972), desde p. 659.

jo, etc.), ellos se venderán, alquilarán, o permutarán de manera que produzcan ingreso a sus titulares. En general, serán más ricos aquéllos cuyo producto marginal sea mayor, ya sea porque trabajan más, son más inteligentes o más afortunados, o por cualquier otra razón. En un sistema cuyo verdadero objetivo sea maximizar la riqueza de la sociedad, la distribución de la riqueza que se obtiene cuando se paga a las personas (aproximadamente) en proporción a su contribución a ese bien no es algo arbitrario. Sin embargo, lo importante es que la distribución concreta de la *riqueza* es un simple producto secundario de una distribución de los *derechos* que en sí deriva del principio de la maximización de la riqueza. No es necesario postular una distribución equitativa de la riqueza.

Tampoco este sistema de recompensas es menos justo cuando hay personas que viven de riqueza heredada y no entregan una contribución personal al aumento de la riqueza de la sociedad. Gastar riqueza heredada significa simplemente que se postergó, más allá de su vida, una parte del consumo de quien la acumuló. De hecho, si los herederos a la vez trabajan y gastan su herencia, la sociedad se hará más rica. En consecuencia, el heredero ocioso nos desagrada tanto como el hombre perezoso, no porque sea un parásito —porque no lo es—, sino porque no produce un excedente para el disfrute del resto de nosotros.

Esto último sugiere que la maximización de la riqueza tiene un importante, aunque quizá inesperado, aspecto redistributivo. Como la gente no recibe la totalidad de su producto social, ya que en la práctica una parte (a menudo substancial) de la riqueza que produce es “recaudada” (*taxed away*) por los consumidores. En general, mientras más riqueza produzca una persona, mayor es el “impuesto” que paga (en términos absolutos y no relativos).

CONCLUSIÓN

La moralidad que he deducido de la maximización de la riqueza se asemeja a lo que Adam Smith llamó sistema de “libertad natural” y a lo que un estudiante suyo ha denominado como el “concepto capitalista de justicia”⁹⁴. Naturalmente, ha sido agudamente impugnado por las teorías redistributivas y paternalistas. No es la moralidad del utilitarismo, la que tiene

⁹⁴ Devine (1977), p. 408. Los más destacados exponentes contemporáneos del “concepto capitalista de la justicia” son F. A. Hayek (véase en especial su obra *Law, Legislation and Liberty* [1976]) y Milton Friedman (véase su obra *Capitalism and Freedom* [1962]).

como se dijo, un fuerte sabor redistributivo y, a veces, también uno paternalista. Sin embargo, la falta de elementos paternalistas y redistributivos no convierte la maximización de la riqueza en una doctrina ética aberrante, pues Epstein y Nozick han demostrado que el kantianismo tampoco tiene que conllevar políticas redistributivas o paternalistas.

El principio de la maximización de la riqueza da cabida, con elegante sencillez, a los impulsos contrapuestos de nuestra naturaleza moral. El sistema de derechos de propiedad, mercados reales y mercados hipotéticos que he esbozado proporciona a un mismo tiempo fundamento y acomodo a los derechos individuales y a la prosperidad material de la cual depende la felicidad de la mayoría de las personas en el mundo moderno. Como en una economía de mercado las personas no pueden prosperar a menos que comprendan las necesidades y deseos de los demás y que recurran a ellos, y como el cultivo del altruismo promueve el funcionamiento eficaz de los mercados, la economía de mercado regulada de acuerdo al principio de la maximización de la riqueza también estimula la empatía y la benevolencia, pero sin destruir la individualidad.

APÉNDICE

El presente apéndice examina más a fondo el enfoque económico de las cuestiones éticas mediante algunos ejemplos concretos tomados de problemas jurídicos contemporáneos. Estos ejemplos son 1) la pena de muerte; 2) el derecho a la intimidad; 3) la ampliación del mercado a los niños pequeños y a los órganos humanos, y 4) la naturaleza de la libertad. Como es natural, estos ejemplos no agotan el ámbito de las cuestiones éticas de interés para el Derecho, ni pretenderé estudiarlas exhaustivamente (todas ellas han sido ampliamente analizadas en otras oportunidades).

A. La pena de muerte

Para los economistas, la sanción es una forma de ponerles precio a las actividades que se llevan a cabo al margen de un mercado, a fin de reducir la actividad al nivel que tendría si tuviera lugar en un mercado razonablemente eficiente. Por lo que respecta a la pena de muerte, lo que hay que preguntarse desde el punto de vista económico es si aproxima o no a la sociedad al nivel y costo óptimos de la actividad criminal. La respuesta depende de si los beneficios que acarrea la pena de muerte en cuanto a

reducir el costo del delito es o no superior al costo de imponerla. Los costos pertinentes son 1) el costo de los delitos que la pena de muerte prevendría, en comparación con una sanción menos severa; 2) el costo de la pena de muerte para el delincuente, en relación con el costo de una pena menos severa; 3) el costo de la pena de muerte (también en relación con el costo de alguna alternativa menos severa) para la persona inocente que ocasionalmente sea condenada a la pena de muerte, y 4) el costo de gestión de la pena, que puede ser superior o inferior al de esas sanciones alternativas: si bien en los juicios en que sea posible imponer las penas más severas se invertirán más recursos, la ejecución es una sanción más económica que la privación de libertad.

Naturalmente, medir estos costos no es fácil. De partida, hay que resolver dos problemas. El primero es estimar los efectos disuasivos de la pena de muerte. El segundo, ponerle un valor a la vida (tanto de las víctimas de crímenes que podrían prevenirse mediante la pena de muerte como de las personas ejecutadas). En una medición empírica, el primero es difícil, pero no insoluble. Estudios llevados a cabo por Isaac Ehrlich han llegado a la conclusión de que la pena de muerte tiene un importante efecto disuasivo⁹⁵, y si bien es cierto que esos estudios son controvertibles⁹⁶, con el tiempo debería llegarse a algún consenso. El segundo problema puede eludirse limitando la pena de muerte a los casos de homicidio. En efecto, aunque la pena de muerte tiene mayor efecto disuasivo que una sanción menos severa, hay vidas en ambos extremos de la balanza y basta con considerar que, en promedio, la vida de las víctimas es tan valiosa como la de los homicidas para llegar a la conclusión de que la pena de muerte produce importantes beneficios; no tenemos que calcular el valor de cada una de las vidas en juego. Pero de todas formas tenemos que comparar esos beneficios tanto con los costos de gestión adicionales de la pena de muerte (si los hubiere) como con el costo previsto que ella tiene para la gente inocente debido a la muy remota probabilidad de que sean ejecutadas por error.

B. El derecho a la intimidad

Las personas a menudo desean ocultar los hechos denigrantes o embarazosos relativos a ellas, como, por ejemplo, antecedentes penales, una trayectoria de enfermedad mental, excentricidades, etc. Cabe pregun-

⁹⁵ Véase Isaac Ehrlich (1975), desde p. 397, y su artículo "Capital Punishment and Deterrence. Some Further Thoughts and Additional Evidence" (1977), desde p. 741.

⁹⁶ Véanse las referencias en Isaac Ehrlich y Randall Mark (1977), desde p. 293.

tarse hasta qué punto el derecho debería ayudarlas a hacerlo, por ejemplo, estableciendo un derecho a la intimidad protegido por el principio de la responsabilidad extracontractual. En *Melvin v. Reid* ⁹⁷, una mujer que había sido prostituta y sometida a juicio por homicidio (y absuelta) se trasladó a vivir a otra ciudad, se cambió de nombre y llevó una vida ejemplar. Siete años después de haber sido declarada inocente, un diario publicó un artículo en que se puso en descubierto su secreto. La mujer se querelló contra el diario y consiguió que le pagaran una indemnización. ¿Es posible derivar un derecho a la intimidad de esta naturaleza del principio de la maximización de la riqueza? Me parece que no⁹⁸.

Los economistas parten de la base de que el hecho de que una persona oculte información sobre sí misma obedece al deseo de inducir a otros a realizar transacciones personales o sociales ventajosas para ella. En consecuencia, esto es análogo a que un vendedor de bienes y servicios oculte información material. Del mismo modo que el engaño en los mercados económicos explícitos da lugar a costos de transacción elevados e impide que esos mercados funcionen en forma eficiente, el engaño en las relaciones personales (incluso en el empleo y en las demás relaciones comerciales que establecen las personas) disminuye la eficiencia de los mercados de trabajo, de matrimonio y otros de índole económica (no siempre explícitos). A la objeción de que, en el caso de la prostituta rehabilitada, la gente que descubra la verdad sobre su pasado reaccionará desmedida e irracionalmente ante esta información, los economistas responderán que, en general, la gente le atribuirá el peso que corresponda a la información denigrante, desestimándola cuando sea obsoleta, poco seria o no venga al caso; y contrapesándola con información favorable acerca de la persona.

Sin embargo, ello no quiere decir que los economistas estén de acuerdo en que se intercepten las líneas telefónicas y en que se utilicen otros métodos de vigilancia intrusiva —y ello dejando de lado las objeciones políticas a esta clase de vigilancia, que por sí mismas tienen un fundamento económico, cuando la realizan autoridades de gobierno. Por lo general, la vigilancia intrusiva es antieconómica en el sentido de que induce a la gente a invertir en costosas medidas para protegerse de ella con lo que, a la postre, poco se aprende acerca de la persona, pero se derrochan recursos tratando de hacer averiguaciones a su respecto, y en el esfuerzo por impe-

⁹⁷ 112 Cal. App. 285, 297 P. 91 (1931).

⁹⁸ Estos puntos de vista se profundizan en mi artículo "The Right of Privacy" (1978), *supra* nota 73. Véase también mi artículo "Privacy, Secrecy, and Reputation", por aparecer en *Buffalo L. Rev.*

dirlo. Una consideración especialmente importante es que, si las comunicaciones que mantienen las personas fueran de dominio público, se harían forzadas, engañosas y dispersas, y se traducirían en costos sociales que podrían llegar a ser enormes y en informaciones de escasa utilidad para el oyente furtivo.

Así pues, existe un derecho económico a la intimidad. Es menos amplio de lo que querrían los más ardientes defensores de la intimidad, pero su existencia demuestra que el análisis económico puede proporcionar razones para defender los derechos personales más preciados, así como la libertad para elegir el trabajo y otros derechos “económicos” que se interpretan en forma estrecha.

C. La expansión del mercado a los recién nacidos y a los órganos humanos

Ya señalé que uno de los campos más importantes en que la economía no genera conceptos morales compatibles con la moralidad contemporánea es la libertad contractual. Los economistas no reconocen más limitaciones a esa libertad que las de la incapacidad, el engaño, la fuerza, el monopolio y las externalidades. Por lo tanto, rechazan las leyes contra la usura, la tendencia actual a ampliar el concepto de abuso (*unconscionability*) y la prohibición de pactar cláusulas penales. También rechazan otras limitaciones a la libertad contractual tan arraigadas en la moralidad convencional que cuestionarlas es invitar al ridículo. Citaré dos ejemplos de prohibiciones contractuales que son incompatibles con la maximización de la riqueza y que se relacionan, respectivamente, con las adopciones y la venta de órganos (tales como riñones) por personas vivas.

Actualmente, en los Estados Unidos hay aguda escasez de recién nacidos para adopción. Se dan los síntomas característicos de la escasez: largas listas de espera en que las parejas tienen que esperar hasta siete años para poder adoptar un niño y un floreciente mercado negro en que, según informaciones recientes, los precios llegan a los 40 mil dólares⁹⁹. También está presente la causa clásica de la escasez: un precio que se mantiene muy por debajo del necesario para equilibrar la oferta y la demanda. (Básicamente, el precio se limita al costo de subsistencia de la madre natural y los

⁹⁹ Mi análisis del mercado negro de recién nacidos se basa en mi libro *Economic Analysis of Law* (1977), pp. 113-116; y en Elizabeth M. Landes y Posner (1978), desde p. 323.

gastos médicos del embarazo, que por lo general no superan los 2.000 dólares.) Si se permitiera la existencia de un mercado de recién nacidos, el precio se situaría por debajo de aquél del mercado negro (aunque sería superior al precio controlado), aumentaría la oferta de recién nacidos y la sociedad sería más rica. Los que se oponen a legalizar la venta de recién nacidos han planteado una serie de argumentos económicos relacionados con el engaño, la fuerza y las externalidades (por ejemplo, el efecto psicológico que provoca en los niños el hecho de saber que han sido comprados), pero estos argumentos son débiles y poco convincentes¹⁰⁰. Para el economista que defiende la maximización de la riqueza como principio normativo, todo termina ahí: un mercado de niños razonablemente eficiente es algo factible y muy preferible al sistema actual que combina la asignación al margen de un mercado con la asignación del mercado negro. Algunos consideran que permitir la venta de recién nacidos tendría profundos efectos negativos: estimularía la reproducción eugenésica, que podría transformar la naturaleza de la raza humana, y aumentaría el antagonismo racial (la escasez de recién nacidos negros para ser dados en adopción no es tan aguda como la de recién nacidos blancos, de tal modo que el precio de los niños negros sería inferior). Estos argumentos carecen de peso para el que abraza el principio de la maximización de la riqueza, que encontrará que la idea de un mercado de recién nacidos no tiene nada de inmoral, cuando la moralidad deriva del propio principio económico.

También hay aguda escasez de órganos, en especial de riñones¹⁰¹. Para las personas que sufren de una grave enfermedad a los riñones, el trasplante es una alternativa mejor que la diálisis, que es sumamente costosa en tiempo, dinero y molestias. Sin embargo, la posibilidad de un trasplante de riñón está seriamente limitada por el hecho de que se prohíbe un mercado libre de riñones. Ahora bien, para una persona sana, el hecho de tener dos riñones tiene pocas ventajas —sólo una garantía en caso de una enfermedad que destruya uno de los riñones, pero no los dos—, porque uno solo puede hacer igualmente bien el trabajo de ambos. Y la extirpación de un riñón es una operación que no tiene grandes peligros. De ello cabe deducir que si se permitiera un mercado libre de riñones, algunas personas sanas venderían uno de sus riñones. Es probable que la proporción de personas dispuestas a realizar esta transacción a precio de mercado fuera

¹⁰⁰ Véanse las referencias de la nota 99 *supra*.

¹⁰¹ Los hechos en que se basa este análisis fueron tomados de Lionel Needelman (1976), desde p. 309, y especialmente p. 319, nota 6, y véase "Note, the Sale of Human Body Parts" (1974), pp. 1216-1220.

pequeña, y el precio alto; sin embargo, habría bastantes más riñones para trasplante en relación con la disponibilidad actual. La venta de riñones maximizaría la riqueza puesto que, por el hecho de ser voluntaria, de lo contrario no se produciría. Lo más probable es que la mayoría de los vendedores fueran personas relativamente pobres pero, naturalmente, después de la venta serían más ricos.

Como en el caso del mercado de recién nacidos, se pueden plantear objeciones económicas basadas en el engaño, el error, etc., pero ellas poco valen frente a los beneficios que podrían esperarse de este mercado. Una objeción más sutil consistiría en destacar los posibles efectos adversos sobre la donación benéfica o altruista de riñones¹⁰², pero debido a que rara vez se dan estas donaciones, salvo cuando se trata de familiares cercanos del enfermo, y que en consecuencia seguramente no se verían afectadas por la existencia de un mercado de riñones, esta objeción tampoco tiene mucho peso¹⁰³. En consecuencia, permitir que haya un mercado de riñones maximizaría la riqueza y sería algo positivo.

D. La libertad como riqueza

He señalado que las preciadas libertades individuales pueden ser derivadas del principio de la maximización de la riqueza. Si bien usé el ejemplo de la intimidad, podría igualmente haber usado el de la libertad de expresión, que en el análisis económico descansa sobre la analogía entre el “mercado de las ideas” y los mercados de (otros) bienes¹⁰⁴. Una cuestión distinta es si, de acuerdo a lo pensado por utilitaristas como John Stuart Mill, la libertad es más que una forma de riqueza. En un trabajo reciente e interesante, el profesor Stigler responde “no”¹⁰⁵, y yo creo que está en lo correcto desde el punto de vista de la maximización de la riqueza. En el análisis de Stigler, la libertad es simplemente la amplitud que tiene el esquema de oportunidades de una persona. Para él, el ciudadano ruso promedio de estos días tiene más libertad que sus antepasados del siglo diecinueve. Ello no se debe a que sus libertades civiles, o incluso las económicas, sean mayores; sino al hecho de que su ingreso es superior y esto le

¹⁰² Confróntese Landes y Posner (1978), p. 124.

¹⁰³ Además, Needleman ha comprobado que la proporción de personas que se niegan a donar riñones, incluso de padres a hijos, es de un 90% o más. Véase Needleman (1976), p. 338.

¹⁰⁴ Véase R. H. Coase (1974), desde p. 384, y Posner, *Economic Analysis of Law* (1977), pp. 541-551.

¹⁰⁵ George J. Stigler (1978), desde p. 213.

otorga un esquema de oportunidades mayor que el disponible para sus antepasados. Así también, en su análisis no hay diferencia entre la libertad de la persona jurídicamente libre para viajar al extranjero, pero que carece de los medios para hacerlo, y la persona que dispone de los recursos, pero que no está autorizada por el Estado para viajar.

Ahora bien, podría (o no podría) ser empíricamente demostrable que algunas libertades políticas son, en un estricto sentido económico, más valiosas que algunas o todas las libertades económicas. El costo del salario mínimo podría ser tolerable desde el punto de vista de la riqueza si ello fuese necesario para evitar una dictadura que reduciría aún más la riqueza del país. Pero el principio de la maximización de la riqueza no provee fundamento para rehusar compensaciones entre libertad y prosperidad, ambas evaluadas en términos estrictamente económicos. Este principio no optimiza los derechos políticos por sobre los económicos. Como he intentado argumentar, éste es un criterio comprensivo y unitario de los derechos y obligaciones.

BIBLIOGRAFÍA

- Ackerman, Bruce A. *Private Property and the Constitution*. 1977.
- American Economic Association. *Readings on Welfare Economics*. 1969.
- Ames, James Barr. "Law and Morals". *Harv. L. Rev.*, 22 (1908).
- Baker, C. Edwin. "The Ideology of the Economic Analysis of Law". *Phil & Pub. Affairs*, 5 (1975).
- Bentham, Jeremy. *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. 1789.
- . *Principles of Penal Law*. En John Bowring (ed.), *Works of Jeremy Bentham*, Vol. 1. 1843.
- . *The Philosophy of Economic Science*. En W. Stark (ed.), *Jeremy Bentham's Economic Writings*, Vol. 1. 1952.
- Blackstone. *Commentaries*. Citado en Richard A. Posner, "Blackstone and Bentham", *J. Law & Econ.*, 19 (1976).
- Brown, John Prather. "Toward an Economic Theory of Liability". *J. Legal Stud.*, 2 (1973).
- Buchanan, James M. "The Justice of Natural Liberty". *J. Legal Stud.*, 5 (1976).
- Cal. App. 112 (1931).
- Coase, R. H. "The Market for Goods and the Market for Ideas". *Am. Econ. Rev.*, 64 (1974). [Versión en castellano en *Estudios Públicos*, 45 (verano 1992).
- . "Adam Smith's View of Man". *J. Law & Ec.*, 19 (1976).
- Devine, Donald J. "Adam Smith and the Problem of Justice in Capitalist Society". *J. Legal Stud.*, 6 (1977).
- Donagan, Alan. "Is there a Credible Form of Utilitarianism?". En Michael D. Bayles (ed.), *Contemporary Utilitarianism*. 1968.
- Dworkin, Gerald; Bermant, Gordon; y Brown, Peter G. (eds.). *Markets and Morals*. 1977.

- Dworkin, Ronald. "Seven Critics". *Ga. L. Rev.*, 11 (1977).
- . *Taking Rights Seriously*. 1977.
- Easterlin, Richard A. "Does Money Buy Happiness?". *Public Interest*, 30 (invierno 1973).
- . *Does Economic Growth Improve the Human Lot? Some Economic Evidence*. En Paul A. David y Melvin W. Reder (eds.), *Nations and Households in Economic Growth: Essays in Honor of Moses Abramovitz*. 1974.
- Ehrlich, Isaac. "Participation in Illegitimate Activities: An Economic Analysis". En Gary S. Becker y William M. Landes (eds.), *Essays in the Economics of Crime and Punishment*. 1974.
- . "The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life and Death". *Am. Econ. Rev.*, 65 (1975).
- . "Capital Punishment and Deterrence. Some Further Thoughts and Additional Evidence". *J. Pol. Econ.*, 85 (1977).
- y Mark, Randall. "Fear of Deterrence: A Critical Evaluation of the "Report of the Panel on Research on Deterrent and Incapacitative Effects"". *J. Legal Stud.*, 6 (1977).
- Epstein, Richard A. "A Theory of Strict Liability". *J. Legal Stud.*, 2 (1973).
- . "The Next Generation of Legal Scholarship?". (Crítica de libro). *Stan. L. Rev.*, 30 (1978).
- . "Nuisance Law: Corrective Justice and Its Utilitarian Constraints". *J. Legal Stud.*, 8 (1979).
- Fletcher, George P. "Fairness and Utility in Tort Theory". *Harv. L. Rev.*, 85 (1972).
- Fried, Charles. *An Anatomy of Values: Problems of Personal and Social Choice*. 1970.
- . *Right and Wrong*. 1978.
- Friedman, Milton. *Capitalism and Freedom*. 1962.
- Fuller, Lon L. "Consideration and Form". *Colum. L. Rev.*, 41 (1941).
- Greenawalt, Kent. "Policy, Rights, and Judicial Decisions". *Ga. L. Rev.*, 11 (1977).
- Harberger, Arnold. "Basic Needs Versus Distributional Weights in Social Cost-Benefit Analysis". Trabajo inédito, University of Chicago, Department of Economy.
- Harsanyi, John C. "Cardinal Utility in Welfare Economics and in the Theory of Risk-Taking". *J. Pol. Econ.*, 61 (1953).
- . "Morality and the Theory of Rational Behavior". *Soc. Res.*, 44 (1977).
- Hart, Henry M.; y Sacks, Albert. *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law* (10a. ed.). 1958.
- Hart, H. L. A. "American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream". *Ga. L. Rev.*, 11 (1977).
- Hayek, F. A. *Law, Legislation and Liberty*, Vol. 2. 1976.
- Hicks, John R. "The Rehabilitation of Consumer Surplus". En American Economic Association, *Readings in Welfare Economics*. 1969.
- Hodson, John D. "Nozick, Libertarianism and Rights". *Ariz. L. Rev.*, 19 (1977).
- Holmes, Oliver Wendell. "The Path of the Law". En su *Collected Legal Papers*. 1920.
- Kennedy, Duncan. "Form and Substance in Private Law Adjudication". *Harv. L. Rev.*, 89 (1976).
- Knight, Frank Hyneman. *The Ethics of Competition, and Other Essays*. 1935.
- Krier, James E.; y Schwarz, Gary T. "Talking About Taking" (Crítica al libro de Bruce A. Ackerman, *Private Property and the Constitution*, 1977). *Yale L. J.*, 87 (1978).
- Kronman, Anthony T. "Mistake, Disclosure, Information and the Law of Contracts". *J. Legal Studies*, 7 (1978).
- ; y Posner, Richard A. (eds.), *The Economics of Contract Law*. 1978.

- Landes, William M.; y Posner, Richard A. "The Private Enforcement of Law". *J. Legal Stud.*, 4 (1975).
- . y Posner, Richard A. "Salvors, Finders, Good Samaritans, and Other Rescuers: An Economic Study of Law and Altruism". *J. Legal Stud.*, 7 (1978).
- . y Posner, Richard A. "The Economics of the Baby Shortage". *J. Legal Stud.*, 7 (1978).
- Lerner, Abba P. *The Economics of Control*. 1944.
- Little, I. M. D. *Critique of Welfare Economics* (2a. ed.). 1957.
- Michelman, Frank I. "Norms and Normativity in the Economic Theory of Law". *Minn. L. Rev.*, 62 (1978).
- Needleman, Lionel. "Valuing Other People's Lives". *Manchester School Econ. & Soc. Stud.*, 44 (1976).
- "Note, The Sale of Human Body Parts". *Mich. L. Rev.*, 72 (1974).
- Nozick, Robert. *Anarchy, State and Utopia*. 1974.
- Packer, Herbert L. *The Limits of the Criminal Sanction*. 1968.
- Phelps, Edmund S. "The Statistical Theory of Racism and Sexism". *Am. Econ. Rev.*, 62 (1972).
- . (ed.). *Altruism, Morality and Economic Theory*. 1975.
- Pigou, A. G. *The Economics of Welfare* (4a. ed.). 1962.
- Plamenatz, John. *The English Utilitarians*. 1958.
- Pound, Roscoe. "The Economic Interpretation and the Law of Torts". *Harv. L. Rev.*, 53 (1940).
- Posner, Richard A. "Blackstone and Bentham". *J. Law & Econ.*, 19 (1976).
- . *Economic Analysis of Law* (1a. ed.), 1973; (2a. ed.), 1977.
- . "The Right of Privacy". *Ga. L. Rev.*, 12 (1978).
- . "Privacy, Secrecy, and Reputation". Por aparecer en la *Buffalo L. Rev.*
- Priest, George L. "Breach and Remedy for the Tender of Nonconforming Goods under the Uniform Commercial Code: An Economic Approach". *Harv. L. Rev.*, 91 (1978).
- Rawls, John. *A Theory of Justice*. 1971.
- Robertson v. Rochester Folding Box Co.*, 171 N.Y. 538, 64 N.E. 442 (1902).
- Sartorius, Rolf R. *Individual Conduct and Social Norms: An Utilitarian Account of Social Union and the Rule of Law*. 1975.
- Sigdwick, Henry. *The Method of Ethics* (7a. ed.). 1907.
- Smart, J. J. C. *An Outline of a System of Utilitarian Ethics*. En Smart & Williams, *Utilitarianism For and Against*. 1967.
- Smith, Adam. *The Theory of Moral Sentiments*. E.G. West (ed.), 1969.
- Stephen, James. *A General View of the Criminal Law of England*. 1890.
- Stephen, Leslie. *The English Utilitarians*. 1900.
- Stigler, George J. "Wealth, and Possibly Liberty". *J. Legal Stud.*, 7 (1978).
- Terry, Henry T. "Negligence". *Harv. Law Rev.*, 29 (1915).
- Tribe, Laurence H. "Ways not to Think About Plastic Trees: New Foundations for Environmental Law". *Yale L. J.*, 83 (1974).
- United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F. 2d 169 (2d Cir. 1947) (la "fórmula Hand").
- United States vs. Dennis*, 183 F. 2d 201, 212 (2d Cir. 1950) (J. L. Hand,), confirmada, 341 U.S. 494 (1951).
- Waldner, Ilmar. "The Empirical Meaningfulness of Interpersonal Utility Comparisons". *J. Phil.*, 4 (1972).

Wellington, Harry H. "Common Law Rules and Constitutional Double Standards: Some Notes on Adjudication". *Yale L. J.*, 83 (1973).

Williams, Bernard. "A Critique of Utilitarianism". En J. J. C. Smart y Bernard Williams, *Utilitarianism For and Against*. 1967.

Wolff, Robert Paul. "Robert Nozick's Derivation of the Minimal State". *Ariz. L. Rev.*, 19 (1977). □