

¿ES LA RIQUEZA UN VALOR?*

Ronald Dworkin

Este es un trabajo ya clásico en la teoría legal, que forma parte de un debate entre Ronald Dworkin y Richard Posner. Se trata de la reacción de Dworkin a un trabajo también clásico de Posner “Utilitarismo, economía y teoría del Derecho” (que se incluye asimismo en este número de *Estudios Públicos*), en el que se sostiene que el criterio de la “maximación de la riqueza” es la mejor justificación de las decisiones jurisdiccionales y, además, la más acertada descripción de la práctica judicial del *Common Law*. Con resonancias de un cierto igualitarismo kantiano, aquí Dworkin critica fundamentalmente el aspecto normativo del trabajo de Posner, al que considera una singular expresión del denominado *Law & Economics*. Asimismo, Dworkin ataca el aspecto descriptivo de esta teoría ya que, a su juicio, sus defectos normativos son tan graves que necesariamente conducen al fracaso de la teoría como un todo.

RONALD DWORKIN. Profesor de Derecho en las Universidades de Nueva York (Estados Unidos) y Oxford (Inglaterra).

* Publicado originalmente en *The Journal of Legal Studies*, 9 (marzo 1980), pp. 191-226. El texto traducido es el que se publicó en Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, capítulo 12 (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985). La presente traducción se ha basado, con la debida autorización, en la de Santiago Colombres, que apareció en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 1, N° 1 (abril, 1996).

En este ensayo analizo y rechazo una teoría política del derecho usualmente llamada el análisis económico del Derecho. (Ese nombre es el título de un largo libro de Richard Posner¹, y me ocuparé en extenso, si bien no íntegramente, de argumentos que ha expuesto Posner.) El análisis económico del derecho tiene un extremo descriptivo y uno normativo. Sostiene que, en general, los jueces del *Common Law* al menos han decidido los casos complejos para maximizar la riqueza social, y que ése es el modo en que deberían hacerlo. Discutiré principalmente el extremo normativo de la teoría, si bien al final del ensayo argumentaré que las fallas normativas de la teoría son tan grandes, que echan sombra sobre sus planteos descriptivos, a menos que éstos puedan ser incorporados dentro de una teoría normativa muy diferente.

El concepto de maximización de la riqueza se encuentra en el núcleo tanto de los aspectos descriptivos como de los normativos de la teoría. Pero es un concepto que fácilmente se puede mal entender y que ha sido mal entendido, en cierto modo, por sus críticos. “Maximización de la riqueza” es una expresión técnica utilizada por la teoría y no pretende describir lo mismo que la “eficiencia paretiana”. En esta sección introductoria trataré de explicar cada una de estas expresiones, para mostrar por qué se malinterpreta el análisis económico del Derecho al suponer, como lo han hecho los críticos, que la definición de un abogado de la primera, es un frustrado intento de aprehender el significado de la segunda.

La maximización de la riqueza, según se la define, es alcanzada cuando los bienes y otros recursos se encuentran en manos de aquellos que más los valoran, y alguien valora más un bien sólo si está dispuesto y al mismo tiempo puede pagar más dinero (o su equivalente) para poseerlo. Un individuo maximiza su propia riqueza cuando incrementa el valor de los recursos que posee; cada vez que, por ejemplo, puede comprar alguna cosa que valora por una suma inferior al máximo que estaría dispuesto a pagar por ella. El valor de dicha cosa, para él, se mide por el dinero que pagaría si fuera necesario; si logra pagar \$ 4, digamos, para obtener aquello por lo que pagaría \$ 5 si fuera necesario, su riqueza ha sido incrementada en \$ 1. Una sociedad maximiza su riqueza cuando todos sus recursos se encuentran distribuidos de tal modo que la suma de todas las evaluaciones individuales es lo más alta posible.

Hay muchas dificultades de orden conceptual en esta idea de maximización de la riqueza individual y social. Algunas de ellas surgirán en el

¹ Posner (1977).

curso de nuestra discusión, pero una es tan singular que debe ser tratada en este punto. Para la mayoría de la gente hay diferencia entre la suma que estaría dispuesta a pagar por algo que no posee y la suma que tomaría a cambio de ello si ya lo poseyera. A veces la primera suma es mayor —el conocido fenómeno según el cual “siempre está mejor cuidado el jardín del vecino”, que lleva a alguien a desear la propiedad de su vecino aun más que si ésta fuera propia. De encontrarse mucha gente con frecuencia en esa posición, la maximización de la riqueza social sería esencialmente inestable. La riqueza social sería mejorada por una transferencia de alguna propiedad de A a B, pero luego mejorada por una nueva transferencia de B a A y así sucesivamente. En estas circunstancias, pues, la maximización de la riqueza sería un criterio cíclico —una característica muy poco conveniente para un criterio de mejora social. El segundo caso es quizá más común (aunque ni más ni menos racional): alguien que pide por algo que posee, más de lo que pagaría para adquirirlo. Si tengo suficiente suerte para poder comprar entradas para Wimbledon por £ 5 en la lotería anual, no las venderé por, digamos, £ 50, si bien ciertamente no pagaría £ 20 por ellas si pierdo en la lotería. Si mucha gente se encontrase en esa posición con respecto a muchos bienes, la maximización de la riqueza no sería alcanzable independientemente de la vía elegida; la distribución final que alcance una cierta maximización de la riqueza sería diferente, aun dada la misma distribución inicial, dependiendo del orden en que han sido efectuadas las transferencias intermedias. Esta dependencia no es un vicio tan serio como el carácter cíclico, pero introduce, no obstante, un elemento de arbitrariedad en cualquier esquema de transferencias diseñado para promover la maximización de la riqueza social.

Ni Posner ni otros partidarios del análisis económico del Derecho parecen demasiado molestos por estas posibilidades. Suponen, quizás, estipulaciones de racionalidad que impiden este tipo de diferencias de valor por pagar o por percibir. O les preocupa quizás, principalmente, el comportamiento de las empresas, en el que dichas estipulaciones no resultarían tan arbitrarias. No obstante, no causará daño alguno ajustar sus definiciones. Podemos decir que la meta de la maximización de la riqueza es satisfecha por una determinada transferencia o distribución, sólo si esa transferencia hiciera aumentar la riqueza social, medida por lo que la persona en cuyas manos recae el bien pagaría, si fuera necesario, por adquirirlo, y *también* por lo que esperaría a cambio para desprenderse de él. En los casos en que difieran las dos pruebas, el estándar de la maximización de la riqueza social será indeterminado. La indeterminación no siempre es una objeción seria a un estándar para la mejora social, siempre y cuando que esos casos no sean inconvenientemente numerosos.

El conocido concepto de eficiencia paretiana (u óptimo paretiano) de los economistas es una cuestión muy diferente. Una distribución de recursos es eficiente, según Pareto, si no puede hacerse cambio alguno en esa distribución que deje al menos a una persona en mejor situación y a nadie en peor situación. Se ha señalado con frecuencia que prácticamente cualquier distribución extendida de recursos cumple con ese requisito. Aun los negocios voluntarios que mejoran la situación de ambas partes pueden afectar adversamente a un tercero mediante, por ejemplo, una modificación en los precios. Sería absurdo sostener que los jueces deberían adoptar sólo aquellas decisiones por las cuales una sociedad pasa de una situación ineficiente en términos de Pareto a una pareto-eficiente. Esa exigencia es demasiado fuerte, porque hay pocas situaciones Pareto-ineficientes; pero es también demasiado débil porque, si existe de hecho una situación Pareto-ineficiente, cualquier combinación de modificaciones diferentes alcanzaría una situación Pareto-eficiente, y la exigencia no diferenciaría entre éstas.

Supóngase que ningún tribunal ha decidido, por ejemplo, si un fabricante de golosinas es responsable o no ante un médico si la máquina del primero hace más difícil la práctica de la medicina en un edificio colindante². El médico no tiene un derecho legal reconocido a una indemnización por daños o a un interdicto, pero tampoco el fabricante tiene un derecho reconocido a operar su máquina sin pagar dichos daños. El médico demanda al fabricante y el tribunal debe decidir cuál de estos dos derechos ha de reconocer. Ninguna decisión será superior a la situación anterior en términos de Pareto, ya que tanto una como la otra mejorarán la posición de una parte a costa de la otra. Ambas decisiones arribarán a un resultado Pareto-eficiente ya que ningún cambio en la posición legal beneficiaría a uno sin perjudicar al otro. De este modo, el requerimiento de que el tribunal deba decidir a favor de una regla Pareto-superior, de haber alguna disponible, sería inútil en un caso como éste.

Mas la otra sugerencia —que el tribunal debería escoger la norma que maximice la riqueza social— está lejos de ser ociosa. R. H. Coase ha sostenido que si los costos de transacción fueran igual a cero, se llegaría al mismo resultado, cualquiera fuera la decisión adoptada por el tribunal³. Si la decisión no maximizara la riqueza en sí misma, las partes negociarían una solución que sí lo hiciera. Pero ya que los costos de transacción nunca

² Compárese con *Sturges v. Bridgman* (1879), y la discusión de ese caso en Coase (1960).

³ *Ibidem*.

son nulos, no es indiferente, en la práctica, la decisión del tribunal. Si el fabricante de golosinas perdiera \$ 10 por no operar su máquina y el médico perdiera sólo \$ 9 si ésta fuera operada, no se maximizaría la riqueza social mediante una sentencia que diera al médico el derecho a impedir la operación de la máquina, si los costos de transacción fueran superiores a \$ 1. Por lo tanto, el juez debería decidir de modo tal que los bienes (en este caso el derecho a practicar la medicina sin ruidos molestos o el derecho a fabricar golosinas sin que un interdicto judicial lo impida) sean adjudicados en forma directa, por su decisión, a aquella parte que compraría el derecho si no se le ha asignado y que no lo vendería si se le hubiere asignado, asumiendo que en ambos casos los costos de transacción son iguales a cero. En muchos casos esta exigencia, a diferencia de la exigencia de superioridad paretiana, sugeriría una solución única. Si el fabricante de golosinas produce con su ruidosa máquina lo suficiente para compensar integralmente al médico por el menoscabo en su práctica profesional y, a la vez, obtener utilidades, como ocurre con las cifras escogidas, el derecho a hacer el ruido sin el pago de una indemnización debe entonces otorgársele al primero. Por supuesto que ello no producirá la *distribución* que habría sido lograda si el derecho hubiera sido dado al médico y no hubiera habido costos de transacción. En ese caso el médico habría tenido algo más que \$ 9 y el fabricante algo menos que \$ 1. Ahora el fabricante tendrá \$ 10 y el médico nada. Pero eso produce más riqueza *social* global que la única alternativa cierta, dados los costos de transacción, que es que el fabricante obtenga nada y el médico \$ 9.

Así, la teoría de la maximización de la riqueza no sólo es diferente de la teoría de la eficiencia paretiana, sino que también más práctica. El análisis económico del Derecho, que tiene como núcleo el concepto de la maximización de la riqueza, debe, pues, ser distinguido del análisis del Derecho de los economistas, es decir, de la aplicación de la noción de eficiencia de los economistas en ámbitos jurídicos, que es la eficiencia paretiana. Cuando un economista pregunta por la eficiencia de una norma, lo que pretende preguntar es, usualmente, si la situación producida por la norma es Pareto-eficiente y no si ésta es maximizadora de riqueza. Gran parte de la confusión podría haberse evitado si Posner y otros no hubieran utilizado las palabras “económico” o “eficiente” en la descripción de sus propios trabajos. Los economistas no habrían estado tan preocupados por señalar que estas palabras obviamente no eran utilizadas en su sentido profesional habitual. No habrían supuesto, por tanto, que Posner y sus colegas habían cometido algunos errores conceptuales elementales.

II

Pero he aquí el centro de la cuestión. El análisis económico sostiene, desde el punto de vista normativo, que la maximización de la riqueza social es una meta valiosa, por lo que las decisiones judiciales deberían intentar maximizarla, por ejemplo, adjudicando derechos a aquellos que los compararían de no ser por los costos de transacción. Pero no es claro *por qué* la maximización de la riqueza es una meta valiosa. ¿Quién pensaría que una sociedad que posee más riqueza, según se la ha definido, es mejor o más rica que una sociedad que tiene menos, fuera de alguien que ha cometido el error de personificar a la sociedad y de pensar en consecuencia que una sociedad con más riqueza es más rica del mismo modo en que lo es un individuo? ¿Por qué alguien que no ha cometido este error pensaría que la maximización de la riqueza social es una meta valiosa?

Hay diversas respuestas posibles a esta pregunta y comenzaré por sistematizar algunas diferencias entre ellas:

1) La riqueza social puede ser considerada en sí misma como un componente del valor social —esto es, algo digno de tenerse por sí mismo. Hay dos versiones de esta postura: a) La versión extrema sostiene que la riqueza social es el *único* componente del valor social. Afirma que el único sentido en que una sociedad puede ser mejor o más rica que otra es pudiendo tener una mayor riqueza social. b) La versión moderada afirma que la riqueza social es un componente entre otros del valor social. Una sociedad es *pro tanto* mejor que otra si posee más riqueza, pero podría ser peor en su conjunto al considerar otros componentes de valor, incluidos los componentes distributivos.

2) La riqueza social puede ser considerada no como un componente sino como un instrumento de valor. Las mejoras de la riqueza social no son valiosas en sí mismas, pero sí en cuanto pueden producir o producirán otras mejoras que sí son valiosas en sí mismas. Una vez más, podemos distinguir diferentes versiones de la postura instrumental. a) La posición causalista afirma que las mejoras de la riqueza social son causas *per se* de otras mejoras. Mejoras en la riqueza, por ejemplo, mejoran la situación del grupo que peor se encuentra en la sociedad, aliviando la pobreza mediante un proceso de “mano invisible”. b) Una segunda posición sostiene que las mejoras en la riqueza social son componentes del valor social ya que, si bien no operan automáticamente causando otras mejoras, proporcionan el material para ellas. Si una sociedad posee mayor riqueza, es más rica porque se encuentra en una posición que le permite usar esa riqueza adicional

para reducir la pobreza. c) Una tercera posición sostiene que la riqueza social no es ni una causa ni un componente del valor social, sino un sustituto de éste. Si la sociedad se propone directamente alguna mejora de valor, intentando, por ejemplo, aumentar la felicidad del conjunto de sus miembros, no logrará acercarse tanto a esa meta como si, en cambio, apuntara a aumentar la riqueza social. La riqueza social es, según esta postura de “falso blanco”, un objetivo de segundo mejor, valorado no por sí mismo ni porque causará o puede utilizarse para producir otras mejoras, sino porque existe una correlación suficientemente elevada entre las mejoras en la riqueza social y aquellas otras mejoras como para hacer del falso blanco un verdadero blanco.

Otra distinción atraviesa todas éstas. Cada una de estas versiones acerca de la riqueza social, a excepción de la versión extrema de la postura del componente de valor, puede ser combinada con alguna postura funcional de responsabilidad institucional que sostiene que perseguir la riqueza social como único propósito es la función específica de los tribunales; si bien no necesariamente lo es, por ejemplo, de las legislaturas. Para ilustrar esto, podría decirse que si bien la maximización de la riqueza es uno entre diversos componentes del valor social, se trata no obstante de un componente que los tribunales deberían perseguir en forma excluyente, dejando otros componentes a cargo de otras instituciones. O bien que si la riqueza social es sólo un ingrediente del valor social, debería delegarse en los tribunales el maximizarlo, en el entendido de que su uso ulterior es competencia de otras instituciones. O que la riqueza social es para los tribunales un sustituto de valor, debido a que ellos no pueden, por alguna razón, perseguir directamente el blanco verdadero, aun cuando otras instituciones sí pueden hacerlo y no necesitan, por lo tanto, ningún sustituto o necesitan, quizás, uno diferente. Llamaré a una teoría de este tipo una teoría institucional fuerte —“institucional” porque especifica razones por las que una institución debería perseguir la maximización de la riqueza social, y “fuerte” porque requiere que esas instituciones tengan este único propósito.

La postura normativa del análisis económico admite, pues, muchas variaciones. Calabresi, Posner y otros defensores de ese análisis no han sido tan claros como podrían haber sido respecto de qué variante desean promover, por lo que cualquier discusión exhaustiva de sus posturas debe considerar diferentes posibilidades y pintar sobre un lienzo razonablemente ancho. Comenzaré por considerar si la postura según la cual la riqueza social es un componente del valor social, tanto en su versión extrema como moderada, es o no una idea defendible.

III

Pienso que evidentemente no lo es. Quizás nadie piense lo contrario, aunque ha habido demasiada retórica incauta al respecto⁴. Sin embargo, antes de suministrar una ilustración que me parece decisiva en contra de la teoría del componente de valor, trataré de clarificar el punto en cuestión. Si el análisis económico sostiene que los juicios deberían ser decididos procurando aumentar la riqueza social, definida del modo específico descrito, debe demostrar entonces por qué una sociedad con mayor riqueza es, sólo por esa razón, mejor o más rica que una sociedad con una riqueza menor. He distinguido, y propongo ahora considerar, una respuesta posible: la riqueza social es en sí misma un componente de valor. Esta respuesta expresa una teoría acerca del valor. Sostiene que si la sociedad cambia de modo tal que exista más riqueza, entonces ese cambio es, al menos *pro tanto*, en sí mismo una mejora de valor, aun cuando no exista ningún otro cambio que también sea una mejora en valor, y aun cuando el cambio sea, en otros sentidos, una pérdida de valor. El asunto en cuestión no es si una sociedad que se guía por el análisis económico del Derecho producirá cambios que son mejoras de riqueza sin ninguna otra cosa para recomendarlos. La cuestión es si dicho cambio sería una mejora de valor. Ésa es una cuestión de filosofía moral en sentido amplio y no acerca de cómo funciona el análisis económico en la práctica. Si la respuesta a mi pregunta es no —una mera mejora en la riqueza social no es una mejora de valor—, el argumento de que la riqueza social es un componente de valor falla y el argumento normativo del análisis económico necesita de otro sustento.

Considérese este ejemplo hipotético. Derek posee un libro que Amartya quiere. Derek vendería el libro a Amartya por \$ 2 y Amartya

⁴ Véase, por ejemplo, Posner (1979). Los siguientes pasajes de ese ensayo (entre otros) ilustran el presupuesto de que la maximización de la riqueza es un valor en sí, de modo tal que las posturas a favor de la maximización de la riqueza deben ser entendidas como posturas del mismo orden que, y opuestas a, las posturas de los utilitaristas según las cuales la felicidad es un valor en sí misma: a) “el economista, cuando habla normativamente, tiende a definir lo bueno, lo correcto o lo justo como la maximización del ‘bienestar’ en un sentido no distinguible del concepto de utilidad o de felicidad del utilitarista [...] Pero a los efectos de mis propósitos normativos deseo definir más precisamente al *maximand*, como ‘valor’ en el sentido económico del término o, más claramente creo, como ‘riqueza’” (p. 119). b) “Mientras que relativamente poca gente, de la que en nuestra sociedad piensa acerca de estas cosas, considera en nuestros días que la maximización de la riqueza, o a alguna otra versión de la eficiencia, es el valor social supremo, pocas consideran que sea trivial. Y a veces, como se ha dicho, es el único valor en juego en un asunto. [...] Pero no estoy dispuesto a dejar la cuestión allí, dado que me parece que el análisis económico tiene algún derecho a ser considerado como una *base* coherente y atractiva para la formulación de juicios éticos. No estoy tan seguro de que el utilitarismo tenga ese mismo derecho” (p. 110: las itálicas me pertenecen).

pagaría \$ 3 por él. T (el tirano de turno) toma el libro de Derek y se lo da a Amartya con menor pérdida de dinero, o su equivalente, que el que sería gastado en costos de transacción si los dos fueran a regatear sobre la distribución del valor adicional de \$ 1. La transferencia forzada de Derek a Amartya produce una ganancia en riqueza social, aun cuando Derek ha perdido algo que valora sin compensación alguna. Llamemos a la situación anterior a la transferencia forzada “Sociedad 1” y a la situación posterior “Sociedad 2”. ¿Es la Sociedad 2 superior en *algún sentido* a la Sociedad 1? Lo que pregunto no es si la ganancia de riqueza es desplazada por el costo en justicia, trato igualitario o alguna otra cosa, sino si la ganancia de riqueza es, considerada en sí misma, ganancia alguna. Diría, y creo que la mayoría de la gente lo aceptaría, que la Sociedad 2 no es mejor en ningún sentido⁵.

Podría objetarse que, en la práctica, la riqueza social sería maximizada por reglas jurídicas que prohíben el robo e insisten en un intercambio de mercado, cuando éste es viable, como ocurre en mi caso imaginario. Es cierto que Posner y otros recomiendan las transacciones de mercado salvo en los casos en que los costos de transacción (los costos en que incurren las partes para identificarse recíprocamente y llegar a un arreglo) son altos. Pero es crucial que ellos recomienden las transacciones de mercado por su valor *indicativo*. Si dos partes cierran un trato a determinado precio, podemos estar seguros de que la riqueza ha sido incrementada (dejando de lado los problemas de las externalidades), ya que cada uno tiene algo que preferiría tener en lugar de lo que entregó. Si los costos de transacción son “altos” o una transacción es, por la naturaleza del caso, imposible, Posner y otros recomiendan lo que ellos llaman “imitar” el mercado, que significa imponer el resultado que ellos creen que un mercado hubiera alcanzado. Conceden por tanto, o más bien insisten, en que puede obtenerse información acerca de lo que las partes hubieran hecho en una transacción de

⁵ Aquel que desee un ejemplo más conocido (aunque más complejo en ciertas formas irrelevantes) puede reemplazarlo por éste. Supóngase que una entidad pública necesita un terreno que se encuentra en manos privadas, pero que el propietario no venderá. En estas circunstancias, un tribunal podría ordenar una expropiación a cierto precio que la entidad pública está dispuesta a pagar y que el vendedor de hecho aceptaría, si creyera que esto era lo mejor que podría obtener. Si asumimos que en efecto existe un precio tal, entonces (en nuestro caso sustituto) el tribunal ordena la transferencia sin compensación alguna al vendedor. Los costos de transacción de litigar para fijar la compensación exacta se ahorrarán, y asumimos que éstos son mayores que cualquier costo consecuente (véase Posner, 1997, pp. 40-44.) ¿Es la situación inmediatamente posterior a la transferencia forzada y no compensada, superior en algún respecto a la situación inmediatamente anterior? (Las advertencias que hago en el texto en contra de malinterpretar la fuerza del ejemplo en el texto se mantendrían también aquí.)

mercado en ausencia de esta transacción, y que dicha información puede ser suficientemente confiable para actuar en consecuencia.

Asumo, entonces, que tenemos esa información en el caso del libro. Sabemos que habrá una ganancia en riqueza social si transferimos el libro de Derek a Amartya. Sabemos que habrá una ganancia menor (debido a lo que podrían producir, de otro modo, ambos o cada uno) si les permitimos “perder” tiempo regateando. Sabemos que no puede haber una mayor ganancia en riqueza social si forzamos a Amartya a pagar a Derek alguna suma en compensación (cada uno pagaría lo mismo en dinero a cambio de dinero.) Si pensamos que la Sociedad 2 no es en ningún sentido superior a la Sociedad 1, no podemos pensar que la riqueza social es un componente de valor.

Podría ahora objetarse, sin embargo, que la maximización de la riqueza es mejor atendida por un sistema legal que asigna derechos a determinadas personas, y luego insiste en que nadie pierda lo que tiene derecho a poseer, salvo por medio de una transacción voluntaria. O (si su propiedad ha sido dañada) a cambio de una compensación adecuada, medida idealmente por lo que la respectiva persona hubiese tomado por ella en dicha transacción voluntaria. Eso explica por qué alguien que cree que la maximización de la riqueza es un componente de valor puede, no obstante, negar que la Sociedad 2 es en algún sentido mejor que la Sociedad 1. Si asumimos que, bajo un sistema de derechos calculado para maximizar la riqueza, Derek tiene un derecho al libro, tomar el libro sin compensación a cambio ofende a la maximización de la riqueza más de lo que la sirve.

Discutiré luego la teoría de derechos que supuestamente se deriva de la meta de maximizar la riqueza. Sin embargo, ahora debemos señalar que la meta justifica sólo instrumentalmente derechos como el de Derek al libro. La institución de los derechos y las particulares asignaciones de los mismos se justifican sólo en la medida en que promueven la riqueza social más efectivamente que otras instituciones o asignaciones. El argumento para estos derechos es formalmente similar a la conocida descripción de los derechos que hace el utilitarista de regla. A veces, una acción que viola aquello que la mayoría de la gente piensa que son derechos —como tomar el libro de Derek para Amartya— mejora la utilidad total. Algunos utilitaristas normativos afirman que dichos derechos deben respetarse, no obstante, como una estrategia para ganar utilidad a largo plazo, aun cuando se pierda utilidad en algún caso aislado considerado en sí mismo.

Este tipo de argumento no viene ahora al caso. Mi pregunta no era si, desde el punto de vista de la maximización de la riqueza a largo plazo, era una sabia estrategia permitir a los tiranos tomar cosas pertenecientes a

una persona y dárselas a otras. Lo que pregunté es si, en la historia de Amartya y Derek, la Sociedad 2 es, en algún sentido, superior a la Sociedad 1. El utilitarista, asumiendo que Amartya obtendría mayor utilidad que la que Derek perdería, podría responder que sí lo es. Diría que, si limitamos nuestra atención sólo a este caso, la Sociedad 2 es en todo sentido mejor ya que hay más felicidad, menos sufrimiento, o lo que fuere. Agregaría, sin embargo, que debemos no obstante imponer al tirano una norma que prohíba la transferencia porque, si bien la acción mejora la situación inmediata, sus consecuencias tornarían la situación mucho peor en el futuro. Esta distinción es importante porque un utilitarista que toma esta posición debe conceder que, si la acción del tirano no fuera a tener a largo plazo las consecuencias de utilidad negativa que él supone (ya que la acción podría ocultarse, o podría diseñarse y mantenerse una excepción adecuadamente limitada a la norma general a la que él adhiere), entonces el tirano debería actuar de ese modo. Aun si el utilitarista insiste en que una norma que prohíbe la transferencia en todos los casos mejorará la utilidad a largo plazo, concede sin embargo que algo de valor se pierde con la norma, esto es, la utilidad que se hubiera ganado si no fuera por ella.

La respuesta del maximizador de riqueza a mi pregunta sobre Amartya y Derek —que el análisis económico no recomendaría un conjunto de normas jurídicas que permita al tirano transferir el libro sin compensación a cambio— es sencillamente evasiva. Al igual que la respuesta en el sentido de que los intercambios de mercado proporcionan la información más confiable sobre el valor, la respuesta anterior no comprende la fuerza de mi relato. Mi pregunta es, todavía, si la situación es en algún sentido mejor, luego de que la transferencia es efectuada. Si la Sociedad 2 no es en algún sentido superior a la Sociedad 1, consideradas ambas en sí mismas, entonces la riqueza social no es siquiera uno entre diversos componentes del valor social.

He asumido hasta aquí, sin embargo, que el lector estará de acuerdo conmigo en que la Sociedad 2 no es superior. Quizás me equivoco. El lector podría querer decir que una situación es *pro tanto* mejor si los bienes están en manos de aquellos que pagarían más para poseerlos. Si así fuera, sospecho que es porque hace, además, la siguiente conjetura: si Derek sólo tomara \$ 2 por el libro y Amartya pagara \$ 3, el libro le da entonces a Amartya más satisfacciones que las que da a Derek. Lo que asume es, pues, que la transferencia incrementará la utilidad global tanto como la riqueza. Pero al menos Posner es ahora explícito en cuanto a que la riqueza es conceptualmente independiente de la utilidad. Él permite ahora que las comparaciones interpersonales de utilidad tengan sentido y sostiene que los

incrementos de riqueza pueden producir mermas de utilidad y viceversa⁶. (Se apoya en casos en los que esto es así como parte de su argumento en el sentido de que el análisis económico es superior al utilitarismo como teoría moral.)

Debo, en consecuencia, hacer mi ejemplo más específico. Derek es pobre, enfermo y miserable, y el libro es una de las pocas cosas que lo confortan. Está dispuesto a venderlo en \$ 2 sólo porque necesita medicina. Amartya es rico y satisfecho. Está dispuesto a gastar \$ 3 por el libro, lo que es una muy pequeña parte de su riqueza, con la posibilidad incierta de que podría algún día leerlo, si bien sabe que probablemente no lo hará. Si el tirano efectúa la transferencia sin compensación alguna, la utilidad total caerá abruptamente. Pero la riqueza, específicamente definida, mejorará. No pregunto si el lector aprobaría la acción del tirano. Pregunto si, de actuar el tirano, la situación será, en algún sentido, una mejora. Creo que no lo sería. En las circunstancias antedichas, el hecho de que los bienes se encuentran en manos de aquellos que pagarían más por tenerlos es tan irrelevante en términos morales como el hecho de que el libro esté en manos del primero en orden alfabético.

Una vez que la riqueza social ha sido divorciada de la utilidad, pierde toda plausibilidad como componente de valor, al menos. Pierde aun el espurio atractivo dado al utilitarismo por la personificación de la sociedad. Los utilitaristas a veces sostienen que, puesto que un individuo se encuentra necesariamente mejor cuando tiene mayor felicidad total a lo largo de toda su vida, aun cuando tenga menos en muchos días determinados, de igual manera una sociedad debe estar mejor cuando tiene mayor riqueza total distribuida entre sus miembros, aun cuando muchos de éstos tengan menos. Éste es, pienso, un mal argumento en dos sentidos diferentes. En primer lugar, no es cierto que un individuo esté necesariamente más satisfecho cuando tiene más felicidad total a lo largo de su vida sin tener en cuenta su distribución. Bien podría alguien preferir una vida con menor placer total que una vida de miseria con un mes de increíble éxtasis, y el perjuró Clarence no habría revivido la agonía de su sueño “aunque fuera para comprar un mundo de días felices.”⁷ En segundo lugar, una sociedad no está relacionada con sus ciudadanos individuales del modo en que un individuo está relacionado con los días de su vida. La analogía es, en

⁶ Posner (1979). En Posner (1977) el sentido de las comparaciones interpersonales es objetado sobre bases conocidas. Ningún esfuerzo es realizado en el artículo posterior (1979) para reconciliar ambas posiciones.

⁷ Shakespeare, *Ricardo III*, acto I, escena iv, l. 6.

consecuencia, una manera de cometer el ambiguo pecado de “no tomar seriamente la diferencia entre las personas”.

No obstante, el argumento paralelo en favor de la maximización de la riqueza es mucho peor. Es falso incluso que un individuo esté necesariamente mejor si posee más riqueza, una vez que el tener más riqueza es considerado independiente de los datos de utilidad. Posner concede que mejoras en la riqueza no necesariamente llevan a mejoras en felicidad. Debería también conceder que tales mejoras conducen a veces a una pérdida en felicidad, ya que, él explica, la gente quiere cosas distintas de la riqueza, y estas preferencias adicionales pueden ser puestas en peligro por una mayor riqueza. Después de todo, ésta es una conocida postura compuesta de romántica ficción y poco románticos cuentos de hadas. Supóngase, pues, que un individuo enfrenta una elección entre una vida que lo hará más feliz (o más pleno o más exitoso, según su entender, o lo que fuere) y una vida que lo hará más rico en dinero o en su equivalente. Sería irracional de su parte elegir esta última. Pero tampoco, y éste es el *quid* de la cuestión, pierde o sacrifica él algo de valor eligiendo la primera. No es que debería preferir la primera, luego de sopesar ambas opciones, reconociendo que en la elección sacrifica algo de valor que hay en la última. El dinero, o su equivalente, es útil en tanto permite a alguien llevar una vida más valiosa, exitosa, feliz o moral. Cualquiera que lo valore en más que eso es un fetichista de los pequeños papeles verdes.

IV

Es importante destacar que la historia de Derek y Amartya muestra la falla no sólo de la versión extrema, sino también de la versión moderada de la teoría según la cual la riqueza social es un componente de valor. Ya que la historia no solamente muestra que una ganancia en riqueza puede ser superada por pérdidas en utilidad, justicia o alguna otra cosa, sino que muestra que una ganancia en riqueza social, considerada sólo en sí misma y separadamente de sus costos o de sus otras buenas o malas consecuencias, no es ganancia alguna. Esto niega tanto la teoría moderada como la extrema. Aprovecharé, pues, esta oportunidad para comentar una conocida idea que, en su versión más admisible, presupone la teoría moderada; esto es, que la riqueza social es uno entre otros componentes del valor social.

La idea en cuestión es que la justicia y la riqueza social pueden ser razonablemente compensadas entre sí, sacrificando algo de una para lograr más de la otra. Guido Calabresi, por ejemplo, comienza *The Costs of Acci-*

dents señalando que el Derecho de los accidentes tiene dos metas, que él describe como “justicia” y “reducción de costos”, y señala también que a veces estas metas pueden entrar en conflicto de modo tal que se hace necesaria una elección “política” en cuanto a cuál meta debería perseguirse⁸. El mismo punto pretende ser ilustrado por las curvas de indiferencia que he visto dibujadas en innumerables pizarrones, sobre un espacio definido por ejes, uno de los cuales es designado “justicia” (o, a veces, “moralidad”) y el otro “riqueza social” (o, a veces, “eficiencia”).

¿De quién se supone que son las curvas de indiferencia dibujadas en ese espacio? La historia habitual habla de la opción “política” o “colectiva” en la que “nosotros” decidimos cuánta justicia estamos dispuestos a resignar a cambio de riqueza adicional o viceversa. La sugerencia es que las curvas representan opciones individuales (o funciones colectivas de opciones individuales) sobre sociedades alternativas definidas en función de diferentes combinaciones de justicia y riqueza. ¿Mas qué tipo de opción se supone que ha hecho el individuo cuyas preferencias son así exhibidas? ¿Es acaso una elección acerca de la sociedad en la que le gustaría vivir, o la elección de la sociedad que él piensa es mejor desde el punto de vista de la moralidad o de alguna otra perspectiva normativa? Deberemos considerar una a una estas dos interpretaciones.

Si consideramos la primera, el interés propio podría pensarse como algo directamente antagónico con la justicia, como en el caso de un individuo que decide entre llevar una vida perfectamente justa que lo mantendrá en la pobreza o una vida en la que actúa a veces injustamente, pero donde él es más rico; o una vida de muchas acciones muy injustas en la que él es aún más rico. Dado que creo que la gente puede actuar (y frecuentemente lo hace) de una manera que sabe es injusta, asumo que los individuos “resignan” justicia a cambio de bienestar personal en sus propias vidas. ¿Pero qué sentido tiene suponer que ceden justicia, no ya a cambio de bienestar para sus propias vidas, sino de riqueza para la sociedad de acuerdo a la definición del análisis económico?

Quizás el punto es que un individuo prefiere una sociedad que tiene más a una que tiene menos riqueza total, dada la probabilidad, *a priori*, de que él personalmente tenga mayor riqueza en una sociedad más rica. Esto asimila las supuestas preferencias a aquellas expuestas en la posición origi-

⁸ Guido Calabresi (1970). Calabresi me dice que, si bien el pasaje que cito ha sido frecuentemente considerado como exigiendo alguna compensación entre la justicia y la reducción de costos, éste no fue su significado. Pero véase Calabresi (1980) y Dworkin (1985), Capítulo 13: “Why efficiency?”.

nal de Rawls. Los individuos eligen una determinada combinación de justicia y eficiencia teniendo en vista la maximización de su utilidad individual, sometidos a condiciones de dramática incertidumbre; o más bien, compensando ganancias en sus expectativas así concebidas, contra pérdidas en el carácter de justicia de la sociedad (esto es muy diferente a la elección realizada en la posición original según la propia versión de Rawls, en la que la gente maximiza su interés propio no como una compensación en perjuicio de la justicia, sino como parte de una demostración —de Rawls, no de ellos— acerca de los principios que constituyen la justicia.)

En este ejercicio, estaría mal aconsejar a los individuos que tomen las ganancias en riqueza social como una pauta de ganancias en su propio bienestar *a priori*, aún en condiciones de incertidumbre acerca del papel que éstas desempeñarán. Precisamente en estas condiciones, utilizarán una pauta muy diferente. La pauta que utilizarán dependerá de si deciden delinear sus preferencias sobre la sociedad en términos de utilidad o en términos de riqueza. La terminología que utilicen —la de la utilidad o la de la riqueza individual—, dependerá del cálculo sobre cuál término maximizará, en la práctica, el bienestar *a priori*. Si eligen en términos de utilidad, entonces, como sostienen Hirsanyi, Mackie y otros, elegirán la utilidad promedio como el sustituto para maximizar su propio bienestar *a priori*. Si eligen (como pienso que deberían hacerlo) la terminología de la riqueza individual, ciertamente no elegirán, como sustituto, esa función de la riqueza individual constituida por la riqueza social según la define el análisis económico del Derecho. Esto sería descabellado. Tampoco elegirían como sustituto la riqueza individual promedio, debido a los efectos de la utilidad marginal. Sería más prudente aconsejarles elegir algo mucho más próximo al *maximin* de la riqueza individual, por ejemplo, que es el segundo principio de Rawls. No pienso que elegirían sólo el *maximin* —permitirían algunas ganancias a aquellos más ricos, lo suficientemente generosas como para que pesen más que las pequeñas pérdidas de aquellos más pobres. Pero si su única opción fuera entre el *maximin* o la máxima riqueza social, ciertamente elegirían el primero.

Pero seguramente todo esto es irrelevante. Calabresi y otros contemplan opciones políticas reales —suponen que el análisis económico del Derecho es útil dado que muestra cuánta riqueza se pierde cuando se escoge algún otro valor. Pero en este caso no podemos entender el eje de la riqueza o la eficiencia, en las curvas de indiferencia según generalmente se ofrecen, como un sustituto de juicios acerca del bienestar individual *a priori* en condiciones de incertidumbre. Debemos entender que el eje representa los juicios acerca del bienestar individual, a ser compensado en per-

juicio de la justicia, conforme las cosas realmente ocurren. *Ningún* individuo particular estará entonces preocupado por la riqueza social (o, ciertamente, por la eficiencia paretiana). No tiene ningún sentido para él compensar algo, y menos aun la justicia, a cambio de *eso*. Estará preocupado por su destino particular, y dado que ahora, por hipótesis, conoce su posición real, puede elegir entre sociedades renunciando justicia a cambio de incrementos en su bienestar individual en estas sociedades diferentes. La riqueza *social* (o eficiencia paretiana) simplemente no juega ningún papel en estas especulaciones.

Pasemos a la segunda interpretación de la supuesta opción compensatoria. Se presume que un individuo elige qué combinación de justicia y riqueza representa, no la sociedad en la que él, como individuo con motivaciones tanto morales como de conveniencia, preferiría vivir; sino la sociedad moralmente mejor, todas las cosas consideradas. La mismísima idea de una compensación entre justicia y riqueza se torna ahora un misterio. Si el individuo ha de elegir la sociedad moralmente mejor, ¿porqué no habría de importar solamente su justicia?

Podríamos esperar una de dos respuestas a esa pregunta. Podría decirse, primero, que la justicia no es la única virtud de una sociedad buena. Seguramente, desde una perspectiva normativa tiene sentido hablar de la compensación entre justicia y cultura, y también del intercambio entre justicia y riqueza social, como dos virtudes sociales diversas, antagónicas a veces. La segunda respuesta es distinta en la forma, pero similar en espíritu. Sugiere que cuando las personas hablan de una compensación entre justicia y riqueza social, utilizan “justicia” para referirse sólo a una parte de lo que esa palabra significa en el lenguaje corriente y en la filosofía política —esto es, la usan para referirse a los aspectos distributivos y meritocráticos de la justicia en sentido amplio. Tienen en mente el intercambio entre estos aspectos específicos de la justicia y otros aspectos que se encuentran contemplados dentro del concepto de “maximización de la riqueza”.

Estas dos respuestas son similares en espíritu porque las dos asumen que la maximización de la riqueza es un componente del valor social. En la primera, la maximización de la riqueza es tratada como un componente antagónico de la justicia y en la segunda, como un componente de la justicia, aunque antagónico con otros componentes de este concepto. Ambas respuestas yerran por esa razón. Es absurdo considerar a la maximización de la riqueza como un componente de valor, tanto dentro como fuera del concepto de justicia. Recuérdese a Derek y Amartya.

Por supuesto, si alguien niega que la riqueza es un componente de valor, pero argumenta que a veces es útil para lograr valor, en algunos de

los sentidos que distinguimos previamente en la sección II, no hablaría de una compensación entre justicia y riqueza. O, más bien, estaría confundido si lo hiciera. Carece de sentido hablar de intercambiar medios por fines, o de que la gente es indiferente acerca de las diferentes combinaciones de un medio específico y el fin al que supone servir. Alguien que habla de esta manera debe tener en mente un punto completamente diferente. Podría querer decir, por ejemplo, que a veces obtenemos más del fin deseado cuando solamente apuntamos a lo que es (en este sentido) un medio. Ésta es la teoría instrumental del “falso blanco” que mencioné antes y luego discutiré. Describir esa teoría como exigiendo algún intercambio entre justicia y alguna otra cosa la distorsiona completamente.

Mas supóngase que yo estaba equivocado al considerar la compensación descrita en las conocidas curvas de indiferencia, o en textos como los de Calabresi, como una cuestión de preferencias individuales o alguna función colectiva de preferencias individuales. Quizás la opción es entendida como la de la sociedad como un todo, concebida como un ente compuesto. Pienso que la opción es mentalmente representada de este modo, si bien no reflexivamente, por muchos de aquellos que hablan de compensaciones entre justicia y riqueza. Ellos tienen en mente una comunidad personificada, como la alusión al “nosotros” en el postulado de que “nosotros” queremos una sociedad de tales y cuales características. Por supuesto, esta imagen debe ser rechazada cuando se hace explícita. Es una personificación absurda y perniciosa.

Aun si se personifica a la sociedad de esta manera absurda, sigue siendo un misterio por qué la sociedad así concebida querría compensar entre justicia y riqueza. En primer lugar, la elección de la riqueza, tomada independientemente de la información sobre la utilidad, no tendría más sentido para la sociedad como persona compuesta que el que tiene para los individuos como personas reales. Segundo y más interesante, la referencia a la “justicia” se perdería. La justicia (al menos cuando la compensación está en juego) es una cuestión de distribución —de relación entre los individuos que conforman la sociedad, o entre la sociedad como un todo y estos individuos. Una vez que personificamos a la sociedad para hacer de la elección social una elección individual, nada existe ya que deba ser considerado bajo el aspecto de justicia. Una sociedad personificada puede, por supuesto, estar aún preocupada de los problemas, o del ordenamiento o de la distribución entre sus miembros. Pero las dimensiones de dichos ordenamientos no incluyen la dimensión de justicia. Un individuo se preocupa por la distribución de beneficios o experiencias a lo largo de su vida. Pero no lo hace desde el aspecto de justicia.

Ninguna de estas interpretaciones de compensación entre justicia y riqueza tiene sentido. Espero que la idea, si bien conocida, desaparezca pronto de la teoría económica y política. Mi punto en este momento es más básico. Hasta aquí, el argumento es tan destructivo de las posiciones normativas modestas del análisis económico, tal como las que sugiere Calabresi, como de las posiciones extremas más acabadas de Posner.

V

Paso a analizar ahora la postura según la cual una sociedad con mayor riqueza es mejor, debido a que la riqueza mantiene alguna importante conexión instrumental —ya sea como causa, como ingrediente o como falso blanco— con algún componente independiente de valor. He caracterizado ciertas versiones de la posición instrumental como “fuertes” y debemos distinguir cuidadosamente éstas de las posturas más débiles. Una posición instrumental débil meramente sostiene que, a veces, mejoras en la riqueza social causan mejoras de otro tipo. Esto es evidente por una variedad de razones. Si, por ejemplo, los jueces son capaces de aumentar la riqueza en forma dramática mediante el dictado de una sentencia, posteriormente, quizás en un cuarto de siglo, todas aquellas personas entonces con vida podrán ser más ricas de lo que serían si el incremento no se hubiera logrado, ya sea porque la mayor riqueza es distribuida mediante una acción política, de modo tal que aun los pobres se benefician, o porque el mismo resultado es alcanzado por un mecanismo de mano invisible sin acción política directa. Pero la posición instrumental débil —esto será ocasionalmente así— es insuficiente para argumentar que los jueces deberían aceptar la maximización de la riqueza como el único criterio para el cambio en el *Common Law*, o aun en alguna rama o división particular del *Common Law*. Ese argumento requiere de la tesis fuerte de que los jueces que acepten dicho criterio único producirán más de aquello que es independientemente valioso, como la disminución de la pobreza, que si decidieran adoptar un criterio más discriminatorio e intentaran maximizar la riqueza sólo en aquellos casos en los que tengan alguna razón especial para pensar que por esta vía aumentarían el valor independiente.

Éste es un punto importante. La diferencia entre una postura instrumental fuerte y una débil no es sólo en función de su alcance. Una teoría fuerte no necesita afirmar que los jueces deben perseguir la maximización de la riqueza como el único estándar de sus decisiones en todos los casos

jurídicos, o aun en todos los casos de *Common Law* o todos los casos de responsabilidad civil (*torts*) —si bien cuanto más amplio es el alcance de la postura más interesante es ésta. Pero la teoría debe afirmar que los jueces deberían perseguir la riqueza de modo excluyente en alguna clase de casos definidos independientemente de la postura instrumental en sí misma —esto es, definidos de otro modo que como “los casos en los que la maximización de la riqueza producirá, en los hechos, el verdadero objetivo”. Si el extremo normativo del análisis económico no incluye al menos alguna afirmación instrumental fuerte de este tipo, si descansa sólo en la afirmación débil e inelaborada según la cual a veces perseguir la riqueza conducirá a otros resultados valiosos, entonces el extremo normativo de la teoría es insípido y equívoco: insípido porque nadie lo disputaría y equívoco porque la teoría debería entonces designarse, no en función de la riqueza, sino del verdadero objetivo, hasta aquí no especificado, al que se considera que la riqueza ocasionalmente sirve.

Asumiré, por lo tanto, que si el análisis económico rechaza la riqueza como un componente de valor y sostiene sólo que la maximización de la riqueza es instrumental con respecto a algún otro objetivo de valor conceptualmente independiente, argumenta enérgicamente en favor de esa conexión instrumental, si bien no asumiré que la afirmación que hace tenga ámbito particular alguno. La tesis fuerte no necesita suponer (tampoco negar, por cierto) que en cada caso una decisión judicial que maximiza la riqueza social mejorará el objetivo verdadero. Pero debe demostrar por qué, si en algunos casos la maximización de la riqueza no tendrá tal efecto deseable, es no obstante una sabia estrategia perseguir la maximización de la riqueza en todos los casos que caen bajo el ámbito de la postura.

Toda afirmación fuerte, aun de ámbito limitado, debe especificar el objetivo o valor independiente que supone es instrumentalmente alcanzado mediante la maximización de la riqueza social. Los cultores del análisis económico podrían tener cualquier número de valores independientes en mente, o alguna combinación estructurada o intuitiva de diferentes valores independientes. No podemos verificar la postura instrumental hasta que el valor independiente o combinación de éstos sea, al menos, someramente especificado.

Es sorprendente que, a pesar de la supuesta popularidad del análisis económico, haya habido pocos intentos de hacer esto. Este déficit respalda mi opinión en el sentido de que muchos abogados han asumido acríticamente que la riqueza es, como mínimo, un componente de valor. Pero en un artículo reciente, y mucho más claramente en notas preparadas para una reciente conferencia, Posner sugiere diversas afirmaciones instrumentales

que él, al menos, podría verse tentado a hacer⁹. “Sugiere que la maximización de la riqueza es un valor, debido a que una sociedad que la considera el criterio central para la toma de decisiones políticas desarrollará otras atractivas características. Particularmente, honrará los derechos individuales, alentará y recompensará una diversidad de virtudes ‘protestantes’, y dará sentido y efecto a los impulsos de la gente para crear beneficios mutuos. Posner cree que será más eficaz en la promoción de estas atractivas cualidades y consecuencias que una sociedad que, como criterio central para la toma de sus decisiones políticas, considere el utilitarismo o alguna postura “kantiana”¹⁰.

El razonamiento tiene la forma de una afirmación instrumentalista fuerte de la variedad causalista. Tiene un ámbito muy amplio. Especifica un conjunto de características de la sociedad —derechos individuales, virtudes convenidas e instintos humanitarios— que pueden ser plausiblemente consideradas como componentes de valor. Sugiere entonces que la “correcta” combinación de éstas será mejor lograda atendiendo exclusivamente a la maximización de la riqueza como criterio para la toma de decisiones políticas, incluidas las judiciales. El problema nace, no obstante, cuando preguntamos qué argumento podría ofrecerse para sustentar esta posición instrumentalista fuerte y amplia.

Podemos comenzar con la afirmación de que la maximización de la riqueza alentará el respeto por los derechos individuales. Por cierto, una sociedad que se orienta a la maximización de la riqueza social requerirá de alguna asignación de derechos de propiedad, al trabajo, y así sucesivamente. Éste es un requerimiento de orden conceptual, ya que la riqueza se mide por lo que la gente está dispuesta a pagar, en dinero o su equivalente, pero nadie puede pagar con aquello que no posee, o pedir prestado si carece de algo para preñar o los otros no tienen nada que prestar. Una sociedad inclinada a la maximización de la riqueza debe especificar qué derechos tiene la gente al dinero, al trabajo u otras propiedades, de modo tal que pueda ser determinado qué poseen para gastar y, de este modo, dónde resulta incrementada la riqueza. Una sociedad no es, sin embargo, una sociedad mejor sólo porque especifica que cierta gente es titular de ciertas cosas. Obsérvese el caso de Sudáfrica. Todo depende de qué derechos reconoce la sociedad, y de si esos derechos debieran ser reconocidos de acuerdo con algún criterio independiente. Esto es, no puede proporcionar una postura

⁹ Posner (1979).

¹⁰ Posner (1979) define “kantiana” de modo tal de describir una teoría política que rechaza “toda forma de consecuencialismo” (p. 104). Kant no es, en una definición tal, un kantiano.

instrumental a favor de la maximización de la riqueza el hecho de que ésta conduzca al reconocimiento de ciertos derechos individuales, si todo lo que puede decirse en favor del valor moral de estos derechos es que ellos son los derechos que un sistema de maximización de la riqueza reconocería.

Existe, sin embargo, el riesgo de que de así el razonamiento de Posner se torne circular. De acuerdo con el análisis económico del Derecho, los derechos *deberían* ser asignados instrumentalmente, de modo tal que la asignación contribuya a la maximización de la riqueza. Éste es, de hecho, el principal uso del criterio de maximización de la riqueza en el contexto judicial. Recuérdese el caso del médico y el fabricante de golosinas. La cuestión sometida al tribunal fue si debía reconocérsele al médico el derecho a detener la ruidosa máquina. El análisis económico no supone la existencia de algún fundamento moral independiente en favor de conceder o negar tal derecho. De esta manera, *no puede* argüirse en favor del análisis económico el que apunte a lo que, independientemente, sobre bases morales, es la respuesta correcta. Por el contrario, éste sostiene que la respuesta correcta lo es sólo porque incrementa la riqueza social.

Tampoco limita Posner el alcance de este razonamiento —que los derechos deben ser asignados instrumentalmente— a lo que podría llamarse derechos menos importantes, como el derecho a un interdicto por molestias o a daños por negligencia. Por el contrario, es explícito en cuanto a que el mismo criterio debe utilizarse al determinar los derechos humanos más fundamentales de los ciudadanos, incluyendo el derecho a la vida y a decidir sobre su propio trabajo y no ser esclavos de otros. Él considera una importante virtud de la maximización de la riqueza el hecho de que explica por qué la gente tiene estos derechos. Pero si la maximización de la riqueza ha de ser solamente un valor instrumental —y ahora ésta es la hipótesis bajo análisis—, debe haber entonces alguna posición moral independiente para los derechos que la maximización de la riqueza recomienda. Estos derechos no pueden ejercer fuerza moral sobre nosotros por el simple hecho de que reconocerlos incrementa la riqueza.

Supongamos, pues, que Posner cree que las personas tienen un derecho a su propio cuerpo y a dirigir su propio trabajo como les plazca, por alguna razón moral independiente. Supongamos que también sostiene que la maximización de la riqueza tiene un valor instrumental, ya que una sociedad que maximiza la riqueza reconocerá precisamente esos derechos. Aún queda una dificultad conceptual seria. El razonamiento supone que un orden social excluyentemente inclinado hacia la maximización de la riqueza, que no hace juicios independientes sobre la equidad de las distribuciones de recursos, reconocerá los derechos del propietario “natural” a sus

propios cuerpo y trabajo. Eso es cierto sólo si la consideración de esos derechos puede justificarse mediante el criterio de la maximización de la riqueza, lo que requiere que si los derechos al cuerpo y al trabajo del “propietario natural” son asignados a otra persona, aquél estará no obstante dispuesto y en condiciones de comprar estos derechos, al menos si asumimos la inexistencia de costos de transacción.

Sin embargo, no podemos especular inteligiblemente acerca de si alguien compraría el derecho a su propio trabajo, si no partimos de ciertos presupuestos acerca de la distribución de la riqueza. Posner admite esto. En verdad, utiliza este ejemplo —la capacidad de alguien para comprar el derecho a su propio trabajo si es hecho esclavo— para destacar que el hecho de que alguien pueda comprar ese derecho depende de su riqueza y de la de otros, y especialmente de cuán grande es la porción de esa riqueza correspondiente a ese derecho. Dice que en un caso de este tipo “el análisis económico no predice una única asignación de recursos, a menos que la atribución inicial de derechos esté especificada.”¹¹ Si A es esclavo de B, puede no ser capaz de recomprar el derecho a su trabajo; aunque si no lo fuera, B no estaría capacitado para comprarle ese derecho. Si el análisis económico hace depender el derecho inicial de alguien a su propio trabajo del hecho de que compraría el derecho si éste fuera atribuido a otro, este derecho no puede “derivarse” del análisis económico a menos que sepamos de antemano quién tiene inicialmente ese derecho. Esto parece ser un círculo vicioso. No podemos especificar una asignación inicial de derechos a menos que respondamos a preguntas que no pueden ser respondidas a menos que una atribución inicial de derechos sea especificada.

¿Podemos romper este círculo? Podríamos, por ejemplo, estipular que haremos nuestra pregunta acerca de quién compraría qué en un estado de naturaleza en el que nadie tiene derecho a nada. Asumo que esto implica, no sólo que nadie posee aún su propio trabajo sino también que nadie tiene dinero alguno, o el equivalente de dinero o cualquiera otra cosa. En ese caso, la pregunta carece de sentido o, si lo tiene, la respuesta es que nadie compraría nada.

Podríamos estipular, más convincentemente, que haremos la pregunta *ahora*, esto es, en un tiempo en el que *otros* derechos, incluida la riqueza, están vigentes (lo que no impide hacer de nuevo la pregunta más tarde, si sospechamos que podría haber una respuesta diferente). Existe, quizás, una respuesta específica a la pregunta de quién valora más el derecho en estas circunstancias. A los efectos de verificar la afirmación

¹¹ Posner (1979), p. 108.

—según la cual la maximización de la riqueza atribuiría específicamente el derecho al trabajo al “propietario natural”—, supongamos que el derecho al trabajo de un cierto grupo de personas fácilmente distinguible (digamos aquellos con un coeficiente mental superior a 120) es tomado de ellos (quizás mediante una proclamación antiemancipativa) y asignado a otros. La riqueza presente de quienes han perdido estos derechos (así como la riqueza presente de quienes los han ganado) no es de otra manera alterada. ¿Podemos decir que al menos la mayoría de aquellos que han perdido sus derechos los recomprarían, o lo harían de no ser por los costos de transacción?

Debemos recordar que la disposición para comprar estos derechos supone la capacidad para comprarlos —la posibilidad de pagar lo que aquellos que poseen los derechos pedirían en el mercado. Puede ser —y de hecho lo sería para la mayoría de la gente hoy en día— imposible recomprar el derecho a su trabajo, ya que el valor de ese trabajo representa más de la mitad de su riqueza actual. ¿Podrían pedir prestados los fondos necesarios en el mercado financiero? Posner habla de esta posibilidad. Dice: “Sin duda que las dificultades inherentes a pedir un préstamo garantido por capital humano desbordarían algunos esfuerzos del propietario natural para recomprar el derecho a su trabajo [...] aun de alguien que realmente no lo valorara más de lo que él lo hace —pero ésa no es más que otra razón para invertir inicialmente del derecho al propietario natural”¹². Estas “dificultades inherentes” deben ser costos de transacción u otras imperfecciones del mercado, ya que Posner es muy estricto acerca de cómo el análisis económico debe entender el verbo “valorar”. Alguien valora algo más que otra persona (y el sistema del análisis económico depende de esto) sólo si está dispuesto a (y puede) pagar más por ello. Si (por razones ajenas a las imperfecciones del mercado) el propietario natural no está en condiciones de pagar el precio que el propietario del derecho aceptaría, entonces *no* lo valora más.

Asumamos entonces que las “dificultades inherentes” pueden ser vencidas, de modo que alguien que ha perdido el derecho a su trabajo puede pedir prestado contra el valor de descuento de su trabajo futuro. ¿Ganará en esta situación capital suficiente para que podamos estar seguros de que él (o la mayoría de la gente en su posición) estará en condiciones para recomprar de otra persona el derecho a su trabajo? Casi con seguridad no, ya que es improbable que el valor *monetario* de su trabajo futuro valga, a estos propósitos, más para él que para otra persona.

¹² Posner (1979), pp. 125-126.

Supóngase el caso de alguien llamada Agatha que es pobre, pero que puede escribir historias de detectives tan brillantemente que el público se deleitaría y pagaría por tantos libros como ella pueda escribir. Supóngase que el derecho al trabajo de Agatha es atribuido a Sir George. Eso implica que Sir George puede dirigir el trabajo de Agatha como le plazca: ella es su esclava. Sir George será, por su puesto, un amo ilustrado en el sentido de que no exigirá a Agatha hasta el punto de que el valor total de lo que ella produce decline. Pero le exigirá apenas menos que este punto. Supóngase que Agatha, si tuviera el derecho a su propio trabajo, trabajaría de diseñadora de interiores, en cuyo caso ganaría mucho menos dinero, pero encontraría su vida más placentera. O supóngase que escribiría muchas menos historias de detectives que las que podría escribir, sacrificando el ingreso adicional para pasar un tiempo en el jardín. En *algún* punto, preferiría dejar de escribir para disfrutar de lo que ha hecho, en lugar de ganar marginalmente más dinero y no tener tiempo para disfrutar de las cosas. Quizás puede trabajar algo más eficientemente si es su propia dueña —pero probablemente trabajará en una actividad menos lucrativa y, casi seguramente, trabajará menos.

Si le dice al gerente del banco que se propone diseñar interiores, o trabajar en su jardín, no podrá pedir prestada una suma siquiera cercana a los fondos necesarios para comprarle el derecho a su propio trabajo a Sir George. Si Agatha no le dice nada y procede sin más, pronto será incapaz de servir la deuda. Ella puede pedir prestado dinero suficiente, incluso para hacer a Sir George indiferente respecto de la venta de su derecho al trabajo, sólo llevando adelante una vida tan desagradable para ella como la que hubiese tenido bajo la dirección de Sir George. Tendrá que ejecutar casi exactamente las tareas que éste, como amo conocedor de su propia conveniencia, prescribiría. Dejaría de ser su esclava sólo convirtiéndose en la esclava del First National Bank (de Chicago, por supuesto).

Por cierto, su situación es aún peor que la descrita, ya que he ignorado los intereses que el banco le cobrará. (La tasa puede ser alta si otros están simultáneamente tratando de conseguir capital para recomprar el derecho a su trabajo.) De este modo, su capacidad de pedir prestado suficiente para lograr que Sir George sea indiferente dependerá de las otras oportunidades de inversión de éste (siempre que tenga confianza en las capacidades de Agatha) y de su aversión al riesgo. Tampoco es en absoluto evidente que si pudiera pedir prestado suficiente lo haría. Pues, como hemos visto, con ello ganaría muy poco control real sobre el manejo de su vida mientras que perdería seguridad en una proporción considerable. El valor principal de la libertad es el valor de la elección y el autogobierno, y si ella comienza su

vida siendo esclava nunca estará en condiciones de recuperar más que una cantidad simbólica de estos valores. No podemos estar seguros (prudentemente hablando) de que un análisis exhaustivo justificaría la conclusión de que Agatha podría recomprar o recompraría el derecho a su trabajo. No podemos afirmar, por lo tanto, que el análisis económico sostenga que hay que darle a ella este derecho desde un comienzo.

Los lectores, sin duda, pensarán que me he vuelto loco. Pensarán que el carácter de los argumentos que he estado haciendo debilita la causa en contra del aspecto normativo del análisis económico del Derecho. Muchos considerarán que es más importante decir que una teoría que hace depender el valor moral de la esclavitud de los costos de transacción es grotesca. Están en lo cierto. Pero mi punto aquí no es que la maximización de la riqueza, seriamente considerada, puede conducir a resultados grotescos. Se trata, en cambio, de un punto más limitado, cual es el de señalar que este esfuerzo particular, para mostrar que la maximización de la riqueza tiene un fuerte valor instrumental, falla por completo.

Posner tiene otro argumento que deberíamos revisar aquí. Da lugar, en parte, a una posición instrumental diferente: la maximización de la riqueza es valiosa debido a que una sociedad que sólo persigue la maximización de la riqueza social alentará atractivas virtudes personales, particularmente la virtud de la beneficencia. Éste no es un argumento desconocido. Los defensores del capitalismo frecuentemente llaman la atención sobre cómo las virtudes "protestantes" de la industriiosidad y la confianza en sí mismo florecen en un sistema capitalista, pero no dan relevancia a virtudes específicamente altruistas. Es este aspecto de la afirmación el que hace que la exposición de Posner sea tan paradójicamente atractiva.

El argumento de Posner es directo: en una sociedad dedicada a la maximización de la riqueza, la gente puede mejorar su situación solamente beneficiando a otros, ya que cuando alguien produce bienes o servicios que otros compran, debe estar produciendo algún beneficio para ellos tanto como para él. El argumento no especifica la métrica que asume para verificar si una sociedad inclinada hacia la riqueza produce más actividad beneficiosa para los otros que una sociedad que alienta un altruismo más directo. No es fácil ver cuál métrica sería la apropiada. Aun si se tomara como medida la riqueza producida para los otros, sin margen alguno para la distribución, dista de ser claro que en un sistema de maximización de la riqueza la gente produzca más riqueza para otra gente, distinta de sí misma, que en un sistema de tributación y redistribución, aun cuando el último produzca menos riqueza global. Seguramente, el bienestar para los otros es una mejor medida del logro moral que simplemente la riqueza para los

otros, y, debido a la utilidad marginal, el bienestar para los otros es un criterio que incluye requerimientos distributivos. Dista de ser evidente que la maximización de la riqueza producirá una mayor actividad global de bienestar para los otros que otras estructuras económicas y políticas más conciliadoras.

Pero ésta es una cuestión empírica. Es más, no necesitamos tratarla aquí debido a un defecto aún más fundamental en la argumentación de Posner, según la cual la maximización de la riqueza tiene valor instrumental, dado que produce gente que beneficia a los otros. Pues, el valor moral de una actividad beneficiosa, considerada en sí misma, consiste en la voluntad o intenciones del actor. Si actúa como consecuencia de un deseo de mejorar el bienestar de los otros, su acto tiene un valor moral intrínseco aun si no beneficia a otros. Pero no tiene ningún valor moral intrínseco si actúa con la intención de beneficiarse sólo a sí mismo. Posner deja claramente sentado que sus aseveraciones de producción para los otros nada tienen que ver con las intenciones de consideración hacia los otros, propias de los actores del proceso económico. Supone, por el contrario, que tales sujetos actuarán para maximizar su propio beneficio, beneficiando a los otros sólo debido a su incapacidad para absorber, como querrían hacerlo, hasta la última gota del excedente del consumidor. Cuanto mejor es un individuo en la maximización de su riqueza personal —cuanto más despliega las habilidades y talentos que son recompensados por el sistema—, menos beneficiarán sus actos a los otros, ya que podrá retener una mayor parte del excedente de cada transacción o empresa. Cualquier beneficio a otros proviene de la mano invisible y no de la buena voluntad. No puede ser el valor intrínseco de los actos que producen riqueza lo que recomienda la maximización de la riqueza.

VI

Lo son, quizás, las consecuencias de estos actos. Quizás los individuos que aspiran a la riqueza sólo para sí producirán una distribución que es justa. Esta sugerencia, en su alcance más amplio, supone que una sociedad que persigue la maximización de la riqueza logrará, por algún motivo, una mayor aproximación a los ideales de la justicia distributiva que una sociedad que no persiga exclusivamente esa meta. Estos ideales de justicia distributiva deben ser determinados o, al menos, concebidos, independientemente de la maximización de la riqueza. No servirá decir que la justicia distributiva es cualquier estado de cosas producido por la maximización de

la riqueza. Ya que entonces la afirmación de que la maximización de la riqueza conduce a la justicia distributiva sería una mera tautología.

Consecuentemente, esta nueva interpretación de la versión instrumental debe ser completada, al menos, por una descripción gruesa de la justicia. Sería natural para un analista económico escoger una de las diversas explicaciones de la justicia ya acuñadas por las tradiciones de la filosofía política —el total más elevado o la utilidad promedio, por ejemplo, o la igualdad o el *maximin* del bienestar o de la riqueza o alguna teoría meritocrática. Para utilizar la útil distinción de Robert Nozick¹³, la teoría seleccionada debe ser preferentemente una teoría paradigmática antes que una teoría histórica. Las teorías históricas sostienen que una distribución es justa, más allá de las desigualdades u otras peculiaridades que exhiba, si es alcanzada en las adquisiciones y transferencias de acuerdo con principios de justicia correctos. Las teorías paradigmáticas sostienen que una distribución es justa sólo si se conforma a algún paradigma que puede ser especificado separadamente de la historia acerca de cómo se produjo dicha distribución. La maximización de la riqueza establece un criterio paradigmático antes que histórico para la asignación de derechos: la decisión acerca de si el médico o el fabricante de golosinas tiene el derecho que cada uno busca debe hacerse con un paradigma a la vista —los bienes deben estar en manos de quienes pagarían más para poseerlos. Es casi incoherente proponer que una distribución paradigmática podría ser instrumental para el logro de una distribución históricamente contingente.

El defensor de la riqueza debe elegir, pues, alguna concepción paradigmática de la justicia, como la máxima utilidad, la igualdad, el *maximin*, la meritocracia o el valor. Posner específicamente abjura de las primeras tres. Las teorías del mérito o del valor son más compatibles con su espíritu, por lo que las consideraremos primero.

Las teorías meritocráticas sostienen que la justicia consiste en aquella distribución en la que la gente es recompensada de acuerdo a sus méritos. Supongamos ahora que podría considerarse a la maximización de la riqueza como de fuerte valor instrumental, ya que (a través de un mecanismo de mano invisible o de falso blanco) una sociedad cuyas leyes persiguen la maximización de la riqueza excluyentemente, producirá la distribución meritocrática requerida o se aproximará a ella más que ningún sistema alternativo. Pero debemos distinguir ahora entre dos acepciones de mérito que un argumento como éste podría emplear. A la primera podríamos llamarla una noción independiente de mérito. Requiere que seamos capaces de determi-

¹³ Nozick (1974).

nar qué cuenta como mérito independientemente del proceso de maximización de la riqueza, de modo tal que deviene una hipótesis empírica que la maximización de la riqueza recompensa el mérito así entendido. Pero, *cualquiera* sea la lista de méritos independientes, esta hipótesis empírica debe fracasar, ya que es cuestión de tecnología, gusto y suerte qué aptitudes o características serán recompensadas en una comunidad particular en un cierto tiempo. Piénsese en el conjunto de talentos necesarios para batear competentemente una bola con efecto. Si cualquier lista de méritos independientes no incluye este conjunto, entonces será falso que en nuestra sociedad la maximización de la riqueza recompensa los méritos mejor que otras alternativas. Ted Williams será mucho mejor recompensado, en un sistema semejante, que prácticamente cualquier otra persona mejor posicionada de acuerdo al conjunto de méritos que listemos.

Si, no obstante, listamos ese conjunto de talentos como méritos, será falso que la maximización de la riqueza característicamente recompensa los méritos. Este conjunto de talentos no era recompensado antes de que el béisbol evolucionara como lo ha hecho, no es hoy en día recompensado donde el béisbol no ha evolucionado de este modo, y no será recompensado si el béisbol decae y desaparece. Podemos generalizar: dado que es extremadamente contingente qué talentos son recompensados por el mercado, no puede confiarse en que la búsqueda de la eficiencia recompense ningún conjunto particular de talentos establecidos a lo largo del tiempo como méritos independientes. Pero tampoco puede confiarse en que ella ignore cualquier conjunto particular.

A la segunda acepción del mérito la llamaré la noción dependiente. Sostiene que el mérito está constituido por el conjunto de talentos que permite que uno triunfe en el mercado de tanto en tanto. Algunos de estos talentos son relativamente estables, como la industriiosidad, la sagacidad y, quizás, la codicia. Típica, aunque no inevitablemente, uno se las arregla mejor con industriiosidad o sagacidad que sin ellas. Otros talentos devienen en méritos sólo en virtud de gustos transitorios o de la suerte: son méritos por un tiempo, dado que le permiten a uno producir lo que otros consideran beneficio para sí mismos y están dispuestos y en condiciones de comprar. Bajo la noción dependiente de mérito, *es* cierto que una economía de mercado adecuada a la maximización de la riqueza recompensará los méritos. Y esto también es cierto, debido a que bajo la noción dependiente la postura instrumental se ha desmoronado y convertido en una tautología.

Al menos respecto de Posner, pues, no podemos encontrar en la literatura de la filosofía política ninguna noción de justicia independiente que resulte adecuada. Él hace un planteamiento amplio en favor de la

maximización de la riqueza, pero ha rechazado todas las concepciones que no convierten a este planteamiento amplio en algo manifiestamente falso o trivial. ¿Qué hay de las nociones pluralistas de la justicia? Me refiero a las teorías que niegan que algún valor particular, como la utilidad o la igualdad o el mérito, sea el componente único de la justicia en la distribución, y que sostienen, en cambio, que una distribución verdaderamente justa alcanzará una combinación razonable de varios de estos valores. La distribución justa, desde el punto de vista de una noción pluralista, será aquella en la que el nivel promedio de bienestar es razonablemente alto, en la que no existe demasiada desigualdad y en la que lo que la gente posee está, al menos aproximadamente, relacionado con cuán arduamente ha trabajado o qué tanto ha producido. Puede no ser posible especificar la combinación exacta de los diferentes componentes de la sociedad justa. Pero alguien puede alegar que la reconoce en cuanto la ve. ¿Es razonable afirmar que la maximización de la riqueza está instrumentalmente relacionada, en el sentido fuerte, con alguna de tales nociones pluralistas de la justicia?

El peligro es harto evidente. La postura instrumental complementaria de este modo corre el riesgo de convertirse nuevamente en una tautología, a menos que la noción pluralista sea explicitada con suficiente claridad como para permitir que esa postura pueda ser comprobada empíricamente. Esto es casi imposible. Supongamos que, en una sociedad determinada, la maximización excluyente de la riqueza generara cierto nivel preciso y cardinal de utilidad promedio, un factor de desigualdad específico (medido, por ejemplo, en coeficientes de Gini) y una correlación determinada entre mérito, definido de algún modo, y riqueza. Un crítico propone una enmienda respecto a la maximización de la riqueza —por ejemplo, mediante una unidad de redistribución que disminuye la riqueza total de la comunidad. Esta enmienda produciría una utilidad promedio apenas menor, una desigualdad apenas menor y una correlación diferente entre mérito y riqueza. Cada uno de estos factores deviene algo diferente, aunque no radicalmente diferente, que el resultado bajo la maximización excluyente de la riqueza. Ahora el partidario de la maximización de la riqueza en este planteamiento argumental debe suponer que la combinación original de estos diferentes componentes del valor social es mejor que la nueva combinación. No es suficiente para él suponer que la combinación original es mejor que el *maximand* de cualquiera de estos tres componentes: mejor que la sociedad en la que la utilidad promedio es tan alta como sea posible, o la desigualdad tan baja como sea posible, o que la gente no es recompensada sino en proporción a su mérito. También debe creerla mejor que las diferentes combinaciones de estos tres objetivos que serían alcanzadas bajo sistemas

políticos y económicos menos intransigentes que su producción excluyente de riqueza.

Su creencia no es plausible. *Ex ante* es altamente indeterminable qué valor absoluto de utilidad promedio, qué coeficiente de desigualdad y qué correlación de riqueza y mérito (en cualquier definición no tautológica de mérito) será producida por un programa de maximización de la riqueza. Es también altamente indeterminable qué combinación de estos objetivos putativos sería alcanzada mediante cualquier transacción singular con la maximización de la riqueza. Es, por lo tanto, inadmisibles pensar que existe una combinación determinada tal, que sea *al mismo tiempo* independientemente preferible, sobre bases morales, a las alternativas posibles, y más susceptible de ser asegurada *a priori* por la maximización de la riqueza que por enmiendas singulares. No quiero decir con esto que es imposible *describir a priori* “la mejor” combinación de componentes, salvo por el método de “la reconozco cuando la veo” —aun cuando esto es una mala señal. Quiero decir, más bien, que al nivel de sintonía fina necesario para distinguir los resultados de la maximización de la riqueza de los resultados de las enmiendas, simplemente no *existe* una “mejor” combinación *a priori* más susceptible de ser producida por una antes que por otra de estas técnicas sociales. La perspectiva pluralista instrumental es más débil que lo que podría ser una adecuación directa de la maximización de la riqueza a una teoría tradicional —el utilitarismo por ejemplo. En este último caso, el objetivo por cuya maximización compiten diferentes teorías instrumentales es, al menos, identificable.

Hay aquí una cuestión importante y más general. Aun las teorías paradigmáticas de la justicia dejarán probablemente algo a la contingencia de la historia. A un cierto nivel de sintonía fina, por ejemplo, incluso un igualitario riguroso admitirá que el resultado de un negocio entre iguales respeta la igualdad, simplemente debido a que es un negocio entre iguales y no porque sus resultados sean los específicamente exigidos por la igualdad. Sospecho que los partidarios de la maximización de la riqueza creen también que una distribución particular es justa debido a que es la distribución alcanzada mediante reglas de maximización de la riqueza, y no *viceversa*. Esa sospecha seguramente está respaldada por la gran cantidad de textos que se han escrito al explorar el análisis económico del Derecho. Pero esa conclusión nos retrotrae, por supuesto, a la riqueza como componente de valor. Ello no puede ser sostenido por ninguna defensa instrumental de la maximización de la riqueza. Supone, en cambio, que la maximización de la riqueza es un procedimiento satisfactorio cuyos resultados son justos, del mismo modo que un igualitario supone que un negocio entre iguales es un

procedimiento inherentemente justo. Por lo tanto, un maximizador de riqueza que sostiene que una distribución es justa si es el producto de reglas de maximización de la riqueza, no puede descansar en *ninguna* justificación instrumental de este aspecto, al menos, de su teoría.

VII

Hemos estado considerando cómo podrían completarse las variadas formas de la postura instrumental de la maximización de la riqueza mediante la especificación de una noción independiente del valor social que la maximización de la riqueza promueve. Dejé primero de lado la noción utilitarista de la justicia dado que Posner explícitamente abjura de ella. Pero todas las sugerencias de Posner —los derechos individuales, la virtud individual y alguna combinación impresionista de diferentes valores— fallan y, si bien ha sido el más explícito y extremo maximizador de riqueza entre los abogados, su rechazo del utilitarismo no es vinculante para las otras. ¿Ofrece la tradición utilitarista una manera de completar la defensa instrumental de la riqueza?

Al hacer esta pregunta no pretendo aprobar el utilitarismo en ninguna de sus variadas formas. Por el contrario, me parece que el utilitarismo, como teoría general, tanto del valor como de la justicia, es falso y que su actual impopularidad es merecida. No es, sin embargo, una teoría que puede ser rechazada de una plumada, mediante un argumento tan simple como el que utilicé para deshacerme de la teoría según la cual la riqueza es un valor en sí misma. El utilitarismo ha gozado de la adhesión de un gran número de filósofos sofisticados y perceptivos. Vale la pena preguntarse, pues, si un utilitarista decidido podría sentirse inclinado a apoyar la maximización de la riqueza sobre bases instrumentales.

Una vez más debemos estar atentos a los diferentes tipos de teoría instrumental. Hay versiones disponibles de la mano invisible, del ingrediente y del falso blanco de la tesis instrumental; y también las hay de un alcance más amplio y de uno más restringido. Las versiones comparten, no obstante, un problema conceptual común. El utilitarismo supone que, al menos ocasionalmente, los niveles individuales de bienestar son comparables, de modo tal que los niveles totales o promedio de utilidad pueden ordenarse en diversas alternativas de programas sociales. Los economistas como grupo han sido escépticos en cuanto a las comparaciones interpersonales de la utilidad. Si el utilitarismo ha de ser el motor de la maximización de la riqueza, los maximizadores de riqueza deben, pues, dejar a un lado ese escepticismo y avanzar aún más allá de la actual ortodoxia en econo-

mía. Pero cuando admitimos generalizaciones acerca de las comparaciones de bienestar dentro de grandes comunidades —como la generalización según la cual la utilidad marginal de la riqueza declina—, entonces cualquier versión amplia de la teoría instrumental utilitarista deviene inmediatamente implausible. No es plausible pensar que una sociedad que busca exclusivamente la maximización de la riqueza alcanzará más utilidad total que una sociedad que busca la maximización de la riqueza, pero que pone un tope al nivel de desigualdad que estará dispuesta a tolerar en nombre de la riqueza social.

Consecuentemente, cualquier teoría instrumental utilitarista de la maximización de la riqueza debe ser razonablemente restringida. Permítámonos construir, a título ilustrativo, una teoría restringida vinculada a la adjudicación. Ésta sostiene que una sociedad cuyos jueces deciden los casos difíciles en el *Common Law* mediante la elección de la norma que se espera maximizará la riqueza social, obtendrá a largo plazo una utilidad total mayor que una sociedad que elija otro programa singular para decidir dichos casos, incluyendo una sociedad cuyos jueces decidan tales casos mediante la elección de la norma que puede esperarse que maximizará a largo plazo la utilidad total. Ésta es una teoría instrumental fuerte; define un grupo de decisiones políticas tal (los casos difíciles del *Common Law*) que exige a los funcionarios que decidan todos los casos de este tipo a fin de maximizar la riqueza, en lugar de que se pregunten, en cada caso, si maximizar la riqueza en tal caso promovería la utilidad. ¿Que clase de evidencia empírica o conjunto de presunciones correlativas apoyarían esta teoría?

La presunción más elegible considera la maximización selectiva de la riqueza antes como un ingrediente que como una causa o un falso blanco del valor. Supone que si los jueces decidieran dichos casos de modo tal de incrementar la riqueza total, otras instituciones —quizás las legislaturas— redistribuirían luego la riqueza total incrementada a fin de mejorar la utilidad promedio o total. Esa concatenación de eventos es, sin duda, concebible, una vez que aceptamos que las comparaciones interpersonales de la utilidad individual tienen, en principio, sentido. No es, sin embargo, inevitable. El proceso político podría, por diversas razones, dejar con sus ganancias intactas a aquellos que más ganan mediante la maximización de la riqueza. Debiéramos, por tanto, preguntar si la teoría instrumental utilitaria requiere que las legislaturas efectivamente redistribuyan para mejorar la utilidad total o si es suficiente, para sostener esta teoría, simplemente el hecho de que podrían hacerlo.

Considérese la siguiente elaboración de la teoría. Los jueces deciden casos singulares del *Common Law* en el marco de una distribución dada de

riqueza y derechos legales. Ninguna decisión que un juez adopte en un caso particular afectará significativamente esa distribución. Lo máximo que puede hacer un juez propenso a aumentar la utilidad total es mejorar la provisión total de riqueza. Si la legislatura encuentra alguna forma de distribuir la riqueza incrementada de modo tal de optimizar la utilidad, tanto mejor. Si no, nada se ha perdido. Es mejor dar a la legislatura una oportunidad para mejorar la utilidad, aun cuando la oportunidad pueda desaprovecharse, que no hacer nada.

¿Es ésta una buena defensa de nuestra teoría restringida? Descansa sobre una presunción amplia: que no hay nada que los jueces puedan hacer, en situación alguna, para incrementar directamente la utilidad, más allá de lo que pueden hacer sencillamente maximizando la riqueza, aun cuando sepan que la legislatura por sí misma no hará nada adicional para mejorar este objetivo. Esta postura asume que, aun en aquellas circunstancias, los jueces promoverían globalmente menos utilidad, si de tanto en tanto se preguntaran acerca de si una aproximación menos excluyente, más analítica, aumentaría la utilidad en determinados casos. Descansa sobre la presunción de que la maximización de la riqueza es un buen falso blanco para la utilidad, aun cuando no sea un ingrediente eficaz de la utilidad. Podemos comprobar esta presunción de este modo. Supóngase que alguien sugiere el siguiente programa alternativo para la adjudicación. En los casos difíciles del *Common Law*, los jueces deberían tomar aquella decisión que promueva la utilidad mejor que cualquier decisión alternativa. En algunos casos, quizás en la mayoría, esa decisión será la maximizadora de riqueza, y en otros no lo será. Todo depende de las circunstancias, y es imposible decir anticipadamente con qué frecuencia esta teoría recomendará decisiones no maximizadoras de riqueza.

Ésa es (en el sentido definido) una teoría instrumental débil de la maximización de la riqueza. He aquí dos preguntas. ¿Recomendará la teoría débil, alguna vez, una decisión judicial que la teoría fuerte restringida no recomendaría? ¿Una sociedad cuyos jueces adhieren a la teoría débil, producirá más utilidad a largo plazo que una sociedad que adhiere a la teoría fuerte? La respuesta a la primera de estas preguntas dependerá de una diversidad de cuestiones, pero casi con seguridad es afirmativa. El paternalismo dará lugar a ocasiones en que la regla maximizadora de utilidad difiere de la regla maximizadora de riqueza. Supóngase, por ejemplo, que la comunidad pagara más por las golosinas que por la protección médica perdida por el ruido de una máquina productora de golosinas, pero éstas serán dañinas para su salud y por lo tanto para su utilidad a largo plazo. Las futuras generaciones dan lugar a otras ocasiones: una vez que la utilidad de

las futuras generaciones es tenida en cuenta, aun las decisiones del *Common Law* —como aquellas que afectan al medio ambiente— pueden dañar la utilidad si promueven la riqueza en su distribución actual. Aparte de estos factores, algunas decisiones del *Common Law* son potencialmente redistributivas. Supóngase una decisión que podría tanto proteger a los trabajadores de una industria agonizante y que probablemente no es competitiva, como acelerar su desempleo mediante la estructuración de derechos en favor de una nueva industria en desarrollo. La decisión maximizadora de riqueza podría ser la última; la decisión que eleva la utilidad, sin embargo, será la primera.

De existir numerosas ocasiones en las que las dos teorías —la débil y la fuerte— recomendaran decisiones diferentes, la respuesta a la segunda pregunta es probablemente negativa. Es verdad que los falsos blancos son a veces buenos blancos: a veces ganamos más apuntando apenas desviado del objetivo, del mismo modo que un hombre inclinado a los placeres haría bien en no apuntar directamente a éstos. Pero ello no es siempre o siquiera usualmente así, y no parece haber, *a priori*, mayor razón por la que debería ser más válido en el caso de los tribunales que en el caso de las legislaturas. Si a veces es cierto que una legislatura debe tomar una decisión que no maximice la riqueza, debido a que no obstante aumentará la utilidad, no parece haber razón por la que un tribunal no debería también hacerlo. Las ocasiones en las que un tribunal tiene esa opción son, quizás, menores, pero evidentemente ésta es una cuestión diferente.

Consecuentemente, la teoría instrumental utilitaria parece depender de un postulado según el cual la legislatura actuará en cooperación con los tribunales a fin de redistribuir, de modo tal de producir mayor utilidad a partir de la riqueza que proporcionan los tribunales. Pero si esto es así, entonces la teoría es seriamente incompleta, ya que, hasta donde sé, ese punto nunca se ha planteado. Tampoco es inmediatamente plausible. Por el contrario, si es correcta la conocida presunción según la cual la utilidad óptima requeriría mucho mayor igualdad de la riqueza que la que existe hoy en nuestro país, la hipótesis de que las legislaturas, federales y estatales, han estado ocupadas redistribuyendo en búsqueda de la utilidad aparece vergonzosamente desmentida.

Aun si esta hipótesis fuera válida, se necesitaría mucho más para defender la maximización judicial de la riqueza en esta forma. Tendríamos aún que mostrar por qué, si mediante una decisión directamente dirigida a la utilidad podría producirse mayor utilidad, debería el tribunal, en cambio, apuntar a la riqueza. La hipótesis según la cual la legislatura se ocuparía por sí sola de la utilidad no es en sí una respuesta satisfactoria. ¿Acaso no

resultarían las ganancias en utilidad provistas más pronto y con mayor seguridad en un paso antes que en dos? Parece no haber razón para no preferir una teoría instrumental débil: los tribunales deberían decidir a fin de maximizar la utilidad, reconociendo que la existencia de las legislaturas dispuestas a redistribuir podría significar que en determinadas ocasiones los incrementos de riqueza podrían resultar los mejores medios para aumentar la utilidad en el largo plazo. Si cualquier teoría fuerte es preferida a esta teoría débil debe, una vez más, descansar sobre la teoría (infundada) del falso blanco.

He considerado, en esta parte del ensayo, si una teoría instrumental fuerte puede defender la maximización de la riqueza considerada como el objetivo excluyente para al menos una parte singular de la adjudicación, sobre la base de que la utilidad total es un valor en sí. Sostengo que la hipótesis afirmativa parece débil, y está lejos de haber sido demostrada. Los mismos argumentos se aplican, pienso, en contra de cualquier postura fuerte a favor de la maximización de la riqueza que considera al *maximin* (sea en el área de la riqueza o en el de la utilidad) antes que a la utilidad total como un valor social en sí. Una vez más, se presenta la pregunta de por qué no resultaría superior una teoría débil, que aliente a los jueces a perseguir en forma directa soluciones de *maximin*, teniendo debidamente en cuenta el potencial papel instrumental de la maximización de la riqueza. No se ha dado ninguna respuesta a esa pregunta y no es claro que haya una buena.

Debería cerrar esta sección, no obstante, señalando lo que espero que hasta aquí haya quedado evidenciado en la discusión. Las posturas instrumentales a favor de la maximización de la riqueza son más plausibles si están unidas a una de las teorías paradigmáticas no meritocráticas de la justicia, como la utilidad o el *maximin*, que a cualquiera otra cosa. No pueden ser, por tanto, conceptualmente descartadas, como pueden serlo, por ejemplo, las posturas instrumentales de Posner. Mas resultan todavía —ciertamente en el actual estado de cosas— posturas casi sin fundamentación.

VIII

El análisis económico del Derecho es una teoría tanto descriptiva como normativa. ¿Descalifica acaso al extremo descriptivo el fracaso del extremo normativo? El primero ofrece una explicación de un aspecto del comportamiento humano, a saber, las decisiones de los jueces del *Common Law* en los casos que el análisis económico pretende explicar. Hay diversos

modos (o, como algunos dirían, niveles) de explicación del comportamiento humano. Algunos de éstos son no motivacionales. Ellos incluyen explicaciones genéticas o químicas o neurológicas del comportamiento tanto reflejo como reflexivo. Los modos motivacionales de explicación pueden ser también de diferentes formas. La forma más directa es la explicación desde el punto de vista del agente, una explicación que convoca a las metas o intenciones del agente y su creencia acerca de los medios apropiados. Pero existen formas más complejas de explicación motivacional. Las explicaciones de mano invisible, por ejemplo, suponen que la gente actúa a partir de ciertas motivaciones y explican por qué, siendo ello así, obtienen colectivamente algo diferente de lo que buscaban individualmente. Una clase de explicaciones freudianas también presupone que la gente actúa a base de motivos, pero sostiene que estos motivos son inconscientes. Estas explicaciones freudianas son, no obstante, motivacionales, dado que su poder explicativo está sujeto al argumento de que la gente cuyo comportamiento es así explicado está actuando de una manera que resulta mejor expresada mediante la analogía con el comportamiento de la gente que conscientemente posee tales motivaciones. La teoría es por lo tanto dependiente de una comprensión de esa postura motivacional directa.

El argumento del análisis económico, según el cual los jueces deciden los casos difíciles a fin de maximizar la riqueza, no es una forma genética, química, neurológica o alguna otra de explicación no motivacional. Tampoco es una explicación de mano invisible. Es cierto que algo parecido a una explicación de mano invisible se ha ofrecido para dar cuenta de por qué las decisiones del *Common Law* promueven la riqueza social¹⁴, pero esto no es parte de las posturas de Posner, Calabresi u otros proponentes del análisis económico. Hasta donde sé, el análisis económico nunca ha sido presentado como un análisis freudiano. Pero aun si así hubiera sido, ese análisis presupondría el sentido de una postura directa. Por lo que el análisis económico, en su extremo descriptivo, parece descansar sobre el sentido y la verdad de un planteamiento motivacional directo, que es que los jueces deciden casos con la intención de maximizar la riqueza social.

Pero mis fundamentaciones en contra del extremo normativo del análisis económico también cuestionan toda posición motivacional semejante. No he sostenido que la maximización de la riqueza social es solamente una entre una cantidad de metas sociales admisibles, o que es una meta social innoble, no atractiva o impopular. Sostuve que carece de sentido como meta social, aun como una entre otras. Es absurdo suponer que la

¹⁴ Véanse los ensayos de Rubin y Priest (1980).

riqueza social es un componente del valor social, y no es plausible que la riqueza social sea fuertemente instrumental en función de una meta social porque promueve la utilidad o algún otro componente del valor social mejor que lo que lo haría una teoría instrumental débil. Es, por lo tanto, grotesco atribuir a los jueces la motivación de maximizar la riqueza social por sí misma o de perseguir la riqueza social como un falso blanco respecto de otro valor. Pero una explicación motivacional directa carece de sentido, a menos que tenga sentido atribuir la motivación en cuestión a los agentes cuyo comportamiento se está explicando.

Se sigue que las posturas descriptivas del análisis económico, del modo en que han sido presentadas hasta ahora, son radicalmente incompletas. Si han de tener poder descriptivo, deben ser reformuladas. Podrían ser formuladas, por ejemplo, de un modo apropiado a una teoría instrumental débil. Los fundamentos deben tornarse, pues, más refinados. Deben seleccionar categorías particulares de decisiones judiciales y explicar por qué sería atendible que los jueces supusieran que una norma que mejorase la riqueza social sería susceptible, por esa razón, de promover alguna meta social independiente que estos jueces valoraran —la utilidad, el *maximin*, la disminución de la pobreza, el poder económico del país en las relaciones internacionales o alguna otra meta. Esto resulta un planteamiento de gran complejidad, dado que no solamente envuelve una detallada relación causal sino también una detallada historia o sociología intelectual. ¿Supusieron los jueces que desarrollaron el sistema de la responsabilidad por culpa o el sistema de responsabilidad objetiva, que sus decisiones promoverían la utilidad total promedio? ¿Eran estos jueces invariablemente utilitaristas, por lo que considerarían eso como una ventaja? ¿Es esta explicación válida sólo para un cierto grupo de casos en un momento determinado del desarrollo del *Common Law*? ¿Es plausible suponer que los jueces sostuvieron la misma teoría del valor social durante todo un largo período? ¿Es plausible suponer, por ejemplo, que eran indiferentemente utilitaristas antes, durante y después de la popularidad académica de esta teoría de la justicia social? Esto apenas roza la superficie de la clase de exposición que sería necesaria para dar una explicación instrumental débil del comportamiento judicial en términos de maximización de la riqueza, pero es quizás suficiente para sugerir cuán insuficiente es la literatura existente. No ha alcanzado el comienzo de un comienzo.

Puede objetarse, empero, que estoy pidiendo demasiado y desestimando injustamente lo que ya se ha hecho. Supóngase que los analistas económicos han establecido una importante correlación entre las sentencias que los jueces del *Common Law* han dictado en un área determinada

—digamos daños y perjuicios, negligencia o daños contractuales— y las sentencias que habrían sido dictadas por jueces que explícitamente busquen maximizar la riqueza social. Supóngase que, si bien no toda decisión efectivamente tomada es la decisión a la que un juez semejante arribaría, la gran mayoría lo es (sé que esta correlación putativa es discutible, y la asumo en esta sección *arguyendo*.) Parece absurdo, por no decir grotesco, dar la espalda a toda esta información. Podemos mantener la siguiente actitud. Sin duda sería mejor aún si una exposición histórica intelectual pudiera explicar por qué los jueces verdaderos actuaron de este modo, ya sea mostrando que tomaron la maximización de la riqueza en sí misma como un componente de valor, o debido a que sostuvieron una teoría instrumental fuerte de la maximización de la riqueza, o bien una teoría instrumental débil que tuvo las consecuencias detectadas. Pero la correlación, en y de sí misma, mejora considerablemente nuestro entendimiento del proceso legal.

Pienso que esta actitud es incorrecta. Es incorrecta porque una correlación de este tipo no tiene ningún poder explicativo a menos que sea respaldada por alguna hipótesis motivacional que tenga un sentido independiente. Supóngase el siguiente ejercicio. Construyamos una secuencia alfabética binaria de prioridad para todos los casos alguna vez decididos por la corte suprema de Illinois. (Adoptamos 1 si el nombre de la parte vencedora es alfabéticamente anterior al de la perdedora; en caso contrario, 0. Ignoremos complicaciones y empates.) Llamemos a la secuencia Arthur. No diremos que Arthur explica las decisiones en estos casos, si bien Arthur es, de hecho, una correlación perfecta. Arthur tiene indefinidamente muchas proyecciones hacia el futuro. Supóngase que cada abogado académico en los Estados Unidos fuera a proyectar a Arthur a 100 lugares adicionales aleatoriamente. Tendríamos entonces una variedad muy grande de secuencias adicionales (Arthur Posner, Arthur Michelman, Arturo Calabresi, etc.), una de las cuales predeciría los resultados de las siguientes, digamos, 100 sentencias de la corte de Illinois mejor que ninguna otra, y es probable que lo haga realmente bien. Pero no diríamos sobre esta base que, por ejemplo, Arthur Michelman tenía un gran poder predictivo, o que era una mejor teoría acerca de la toma de decisiones judiciales en Illinois.

El punto es evidente y también importante. Nuestros estándares para la explicación del comportamiento humano requieren, aun para que alguna postura sea candidata a una explicación, que ésta lleve a sostener una posición sea biológica, sea motivacional. Si una correlación, no obstante segura, no puede prometer siquiera la expectativa de una conexión semejante —si estas conexiones no pueden razonablemente ser consideradas ni aun como misterios por develarse— se torna entonces en una mera coinci-

dencia. Las posturas a favor de explicaciones astrológicas u ocultas del comportamiento son problemáticas en este sentido. Sorprende a mucha gente el pensar que tanto una postura motivacional como otra biológica queden excluidas por conclusiones positivas de la física que están más allá de cualquier reexaminación; pero sorprende a otros el pensar que la advertencia de Hamlet a Horacio es razonable y apropiada.

Tenemos tres opciones. Podemos desestimar la correlación putativa entre las sentencias reales y las maximizadoras de riqueza, por meramente casual, e intentar construir teorías sobre la adjudicación que la ignoren. Esto parece ser perverso y un malgasto de recursos, pues la correlación, si existe, es diferente en un aspecto relevante de la correlación entre Arthur y los casos sobre los cuales Arthur fue construida. En el caso de Arthur, el método de construcción garantiza que la correlación es casual antes que explicativa. En el caso del análisis económico, la coincidencia es sólo una de las hipótesis.

Segundo, podemos perseverar en la empresa que sugerí previamente en esta sección. Podemos tratar de construir una teoría instrumental débil de la maximización de la riqueza mostrando por qué, en las áreas específicas del Derecho en las que la correlación se mantiene, la teoría instrumental débil unida a alguna idea convencional del valor social, como la utilidad, recomendaría la estrategia de la maximización de la riqueza como un medio adecuado, y por qué es plausible que los jueces la lleven adelante, al menos en una forma gruesa e inarticulada. Esa empresa llevaría al análisis económico a niveles de detalle, tanto de la teoría política como de la historia intelectual, en los cuales aún ni siquiera ha comenzado a incursionar. Pero la empresa no puede ser desechada de antemano.

Existe una tercera opción. Podemos tratar de sustentar la correlación en un tipo de análisis y explicación radicalmente diferente. Podemos tratar de mostrar que las sentencias que parecen maximizar la riqueza son requeridas, no como decisiones instrumentales que buscan producir un cierto estado de cosas, de riqueza social, de utilidad, o cualquier otra meta de política, sino más bien como decisiones de principio que imponen una concepción plausible de la equidad. Esto es, podríamos aspirar a una explicación de principio, en lugar de a una explicación de política. He intentado mostrar, en diversas ocasiones, por qué debería preferirse siempre, por razones normativas y positivas, una explicación de las decisiones judiciales en base a principios antes que en base a políticas. He ilustrado también una estrategia para una exposición principista de las decisiones judiciales que atienden a las consecuencias, incluso las padecidas por terce-

ras partes¹⁵. Esta estrategia de principios me parece mucho más promisoría que el programa instrumental débil de directrices políticas recientemente descrito¹⁶. Pero aún no he proporcionado razones convincentes acerca de por qué los lectores deberían unírseme en esta convicción.

BIBLIOGRAFÍA

- Calabresi, Guido. *The Costs of Accidents*. New Haven: Yale University Press, 1970 [traducción al castellano, *El coste de los accidentes*, Barcelona, Ariel Derecho].
- . “About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin”. *Hofstra Law Review*, 8 (1980).
- Coase, R. H. “The Problem of Social Cost”. *Journal of Law and Economics*, 3 (1960) [traducción al castellano en *Estudios Públicos*, 45, verano 1992].
- Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977. Londres: Duckworth, 1978.
- . “Why efficiency?”. En Dworkin, *A Matter of Principle*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985 [traducción al castellano, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel Derecho].
- Nozick, Robert. *Anarchy, State and Utopia*. Nueva York: Basic Books, 1974.
- Posner, Richard A. *Economic Analysis of Law*. Boston: Little, Brown, 2da. ed., 1977.
- . “Utilitarianism, Economics, and Legal Theory”. *Journal of Legal Studies*, 8 (1979) [traducción al castellano en *Estudios Públicos*, 69, verano 1998].
- . “The Value of Wealth: A Comment on Dworkin and Kronman”. *Journal of Legal Studies*, 9 (1980).
- Priest, George. “Selective Characteristics of Litigation”. *Journal of Legal Studies*, 9 (marzo 1980).
- Rubin, Paul H. “Predictability and the Economics Approach to Law; a Comment on Rizzo”. *Journal of Legal Studies*, 9 (marzo 1980).
- Shakespeare, William. *Ricardo III*, acto I, escena iv, 1.6.
- Sturges v. Bridgman*, 11 Ch. D. 852 (1879). □

¹⁵ Véase Dworkin (1978). Véase también Dworkin (1985), el capítulo 13. “Why efficiency?” En el artículo que aquí he criticado, Posner hace diversos comentarios acerca de mi trabajo. Sus observaciones no son prístinamente coherentes. Me cita como su primer ejemplo de un filósofo del Derecho que sostiene que la teoría jurídica no debería estar basada en el utilitarismo. Hasta aquí muy bien. Pero luego especula acerca de si soy un “kantiano genuino” o solamente algo que llama un “utilitarista de la escuela igualitaria”. Y luego dispone que, “discutiblemente,” soy lo que él llama un “utilitarista de izquierda”. ¿Puedo acaso ayudar? No soy un “kantiano” según se ha definido (véase Posner, 1979), si bien me siento cerca de lo que considero como el liberalismo o igualitarismo esencial de la teoría de Kant. Soy un igualitarista, si bien he tratado de describir una concepción de la igualdad que requiere que, en el marco de una descripción particular, los individuos sean tratados como iguales, en lugar de que reciban igual trato de acuerdo con alguna descripción particular, y algunos de mis críticos sostienen que ésta no es la concepción correcta de igualdad. No sé si soy de izquierda, porque no entiendo el significado lo suficiente como para discernir su extensión. Estoy perplejo, sin embargo, respecto a por qué debería ser considerado un utilitarista, ya sea de salón, críptico o del tipo que fuere. He sostenido que mientras los cálculos utilitaristas sigan teniendo algún lugar en la argumentación política (y pienso que algo parecido a cálculos utilitaristas acerca de las preferencias tiene en efecto algún lugar), deben, pues, al menos ser depurados de lo que yo llamo preferencias “externas”. Pero un utilitarista no es alguien que sostiene que tienen lugar dichos cálculos. Sostiene que éstos deben ocupar todo el espacio que exista. Aquellos que tengan algún interés en esta cuestión autobiográfica (si existiera alguno) pueden desear consultar mi *Taking Rights Seriously* (1978).

¹⁶ Este artículo, en su publicación original en el *Journal of Legal Studies*, contenía una posdata escrita en refutación a argumentos vertidos en Posner (1980).