

“MAXIMIZACIÓN DE LA RIQUEZA” Y ASIGNACIÓN DE DERECHOS EN RICHARD POSNER*

[WEALTH MAXIMIZATION AND ALLOCATION OF RIGHTS
ACCORDING TO RICHARD POSNER]

Carlos MARTÍNEZ

Sumario: 1. Introducción, 2. Fundamentos filosóficos del AED, 2.1. Tres criterios para evaluar una “teoría moral”, 2.2. La maximización de la riqueza como principio moral, 2.3. Una teoría de la justicia y de los derechos en clave económica, 3. Balance Conclusivo.

Contents: 1. Introduction, 2. The Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law, 2.1. Three Criteria for Evaluating “Moral Theories”, 2.2. Wealth Maximization as a Moral Principle, 2.3. A Theory of Rights and Justice in an Economic Perspective, 3. Conclusions.

1. INTRODUCCIÓN

Hace ya más de cinco años iniciamos un proyecto de investigación titulado *El análisis económico del derecho: Génesis y estructuración de un paradigma científico* cuya finalidad esencial consistía en desentrañar los supuestos filosóficos fundamentales sobre los que se asienta este paradigma nuevo en el universo actual de la Filosofía del Derecho¹.

En dicho trabajo, al analizar los supuestos teóricos de los que parte el *Análisis Económico del Derecho* (AED, en adelante), pusimos de manifies-

* El presente trabajo forma parte de un Proyecto de Investigación subsidiado por la Cooperadora de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Cuyo (Argentina), mediante Ordenanza 06/05 C.D.

1. Una publicación parcial de dicho proyecto apareció con el título “Fundamentos y límites de una economía de la justicia” en *Philosophia* (Anuario del Instituto de Filosofía de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Nacional de Cuyo) (2003), pp. 78-135. Para un abordaje general del *Análisis Económico del Derecho* y la particular concepción posneriana de la justicia, resulta indispensable la consulta de dos obras ya clásicas en el mundo hispano: MERCADO PACHECO, P., *El Análisis Económico del Derecho (Una Reconstrucción Teórica)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, y DURAN Y LALAGUNA, P., *Una aproximación al Análisis Económico del Derecho*, Comares, Granada, 1992.

to que la asignación *eficiente* de los recursos constituye la meta primordial del enfoque o corriente mayoritaria del AED liderada por el jurista norteamericano Richard Posner, de la Universidad de Chicago. Este enfoque, conocido tradicionalmente como *enfoque descriptivo*, suele presentarse de manera aislada e independiente respecto del llamado *enfoque normativo*, y salvo casos excepcionales como el de Richard Posner o Guido Calabresi, la mayoría de los proponentes del AED, economistas en general, trabajan sobre las bases epistemológicas del primero².

El *enfoque descriptivo* se caracteriza —como mostráramos oportunamente— por su marcado *positivismo*, lo que se pone en evidencia particularmente en su rechazo a incluir la justicia o equidad en el análisis económico de las instituciones jurídicas, puesto que existe una imposibilidad radical de cuantificar o expresar dicha variable mediante una función matemática. La función del Derecho y de las instituciones jurídicas se limita entonces a un campo más bien reducido: si la solución eficiente —en el supuesto de ausencia de costos de transacción— se alcanza siempre en el libre juego de la oferta y la demanda, no importa cuál sea la asignación de derechos realizada por el sistema jurídico —tal como lo demostró Ronald Coase en su célebre artículo sobre el costo social³, conocido como “*Teorema de Coase*”— entonces resulta lógico afirmar que “*la escasa o nula intervención del Estado es generalmente la mejor regla*”⁴. Pero cuando existen costos de transacción positivos, la solución eficiente no puede alcanzarse al margen del Derecho, y aquí es donde Coase define el rol propio del sistema jurídico: la normativa legal debe ser tal que *minimice los costos de transacción*. El Derecho puede contribuir a reducir estos costos proporcionando situaciones estándares que anticipen las contingencias que puedan producirse o

2. Richard Posner nos dice, de los diversos enfoques del AED, que “...el Análisis Económico del Derecho tiene aspectos *heurísticos, descriptivos y normativos*. En el aspecto *heurístico*, busca mostrar *coherencias subyacentes en las doctrinas e instituciones legales*. En su modo *descriptivo*, busca *identificar la lógica económica y los efectos de las doctrinas e instituciones y las causas económicas del cambio legal*. Y, en su aspecto *normativo*, *asesora a los jueces y a otros creadores de políticas con respecto a los métodos más eficientes de regular las conductas a través del Derecho...*” [Véase “El Análisis Económico del Derecho en el Common Law, en el sistema romano-germánico, y en las naciones en desarrollo”, en *Revista de Economía y Derecho* (Sociedad de Economía y Derecho UPC), vol. 2, n. 7 (invierno 2005), p. 8].

3. COASE, R., “The Problem of Social Cost”, en *Journal of Law and Economics*, University of Chicago Press, n. 3 (1960), pp. 1-44.

4. Véase CALABRESI, G., “Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules. A Comment”, en MANNE, H. G. (ed.), *The Economics of Legal Relationships*, West St. Paul, Minnesota, 1975, p. 201.

incluso eviten tener que someterse a largas y complejas negociaciones. A mayores costos de transacción, mayor protagonismo del sistema jurídico.

Por su parte el *enfoque normativo* del AED, que de alguna manera busca responder la pregunta de *por qué* es necesario perseguir la eficiencia como meta primordial del sistema jurídico, no puede eludir el tema central de la justicia. Aun entendiendo el Derecho como lo hace en general el positivismo jurídico, es decir, como un conjunto o sistema de normas, se torna necesario investigar qué finalidad persiguen las normas, qué lógica se encuentra detrás o por debajo de ellas, y esta cuestión nos remite forzosamente al ámbito de la conducta humana, donde rigen valores, principios y fines que no pueden abordarse sin más desde las restricciones epistemológicas del *enfoque descriptivo*.

Es aquí donde llama poderosamente la atención la coherencia epistemológica de Richard Posner, que sin variar los presupuestos centrales de la economía neoclásica de los que parte el AED —el paradigma del *homo oeconomicus* y su conducta maximizadora, explicada en nuestro trabajo anterior— pretende construir una “teoría moral” en sentido estricto, teoría desde la cual es posible responder preguntas tales como *qué es la justicia, cuál es el fundamento de los derechos subjetivos, en cabeza de quiénes deben reconocerse tales derechos* (asignación de derechos), y otras similares.

El propósito de este trabajo es analizar primero las líneas generales y luego someter a una crítica provisoria la “teoría moral” propuesta por Richard Posner, teoría que, según sus propias afirmaciones, responde mejor a la lógica interna del *Common Law* norteamericano, y constituye una superación tanto del utilitarismo benthamiano como del “fundamentalismo kantiano” (sic).

Sin embargo, para que el lector no se forme una idea equivocada del *enfoque normativo* del AED, nos vemos en la obligación de aclarar que la orientación positivista, reductivista y escéptica que en materia moral defiende el jurista de Chicago es la dominante pero no la única al seno del AED. Guido Calabresi propone un enfoque muy diferente del planteado por su rival⁵.

5. Para un análisis detallado de la posición de Richard Posner en materia moral, véase su artículo “The Problematics of Moral and Legal Theory”, en *Harvard Law Review*, vol. 111, n. 7 (1998), p. 1637. Allí se define nuestro Autor como “relativista”, “subjetivista” y “escéptico” en materia moral, si bien con las limitaciones y el alcance de una posición “consecuencialista” que contribuye al progreso de la sociedad humana en términos de “riqueza”.

En efecto, el profesor de la Universidad de Yale no trata de eliminar los mecanismos decisorios del mercado, sino de incorporar otros criterios como la *equidad* y el *trato igualitario*, además de la eficiencia, que en una sociedad aun liberal como la estadounidense son asumidos como esenciales para el funcionamiento del sistema. Por ello diferencia dos grandes mecanismos capaces de reducir los costos de los accidentes —núcleo medular de sus investigaciones en el campo del AED— aunque ambos con grandes limitaciones. Al primero de esos mecanismos lo llama *prevención general*, y se basa en la toma de decisiones descentralizadas, es decir, llevadas a cabo por cada individuo en el mercado. Para que la *prevención general* sea viable es necesario que se cumplan ciertas condiciones, por ejemplo: a) que los individuos piensen que la prevención, aunque sea costosa, es más deseable que soportar los riesgos; b) que sea posible la negociación entre víctimas y ofensores; y c) que sea posible trasladar con precisión y exactitud el efecto negativo del accidente. Cada una de estas condiciones para Calabresi es *irrealista*, y si bien la Economía no necesita asentarse en hipótesis de carácter descriptivo, del tipo de las generalizaciones empíricas, al menos sus enunciados predictivos deben poder ser contrastados empíricamente, cosa que un sistema de prevención general basado solamente en decisiones individuales difícilmente puede hacer. En efecto, dando por cumplidas las condiciones antes mencionadas, ¿es posible, así y todo, predecir que los individuos elegirán un producto seguro pero costoso antes que una variedad más barata del mismo pero de resultados inciertos? Ante esta disyuntiva, Calabresi distingue un segundo mecanismo para reducir el costo de los accidentes, aunque también con sus propias limitaciones: la *prevención específica*, basada en el método de la decisión colectiva. Para que este segundo mecanismo sea viable se requieren también ciertas condiciones, a saber: a) que los particulares desconozcan en ciertas materias aquello que más les conviene; b) que los costos y beneficios de ciertas actividades no puedan ser reducidos a valores monetarios; c) que **se acepte la legitimidad de argumentaciones morales** a la hora de evaluar los costos de los accidentes; y d) que se acepte que sobre determinadas categorías de actividades riesgosas la *prevención general* o de mercado es ineficiente y no basta para desalentar su desarrollo.

El sentido global de la obra de Calabresi no está dado entonces por su confrontación con los supuestos teóricos del *enfoque descriptivo*, sino ante todo por una redefinición del concepto de *bienestar general* que incluye entre sus notas el problema de la justicia. Para ello se incluye en el modelo

una variable no cuantificable cuya "medición" la ciencia económica no puede llevar a cabo sin atenuar en cierto modo el *enfoque positivista* de la corriente mayoritaria. Este sentido general del aparente *normativismo* de Calabresi parece confirmado por la rápida réplica que Posner le dirigió en su comentario a *The Cost of Accidents*. Allí decía el profesor de la Universidad de Chicago que la "función de justicia" propuesta por Calabresi resultaba ser "*más bien insignificante*" según él la interpretaba, y que si se dejaban de lado las funciones no económicas y poco importantes del análisis de Calabresi, sólo quedaban en pie las proposiciones ya elaboradas por él en su *Teoría de la Negligencia*⁶.

Como dijimos, entonces, nuestro propósito es mostrar en estas páginas que, sin apartarse de los supuestos centrales que el *enfoque descriptivo* toma prestados de la economía neoclásica, Posner sienta las bases de una posible teoría de la justicia. Dicha teoría pretende tomar distancia del kantismo y ante todo de la teoría moral conocida como *utilitarismo*, cuya formulación canónica corresponde a Jeremy Bentham y John Stuart Mill, puesto que está siendo elaborada —a juzgar por el carácter provisorio que Posner en persona parece atribuirle— con elementos específicos que la diferencian claramente de ella⁷.

Con este propósito en mente, procederemos de la siguiente manera: analizaremos primero las bases filosóficas de las que parte Richard Posner para desalentar cualquier política "redistributiva", teniendo en cuenta para ello su particular concepción de lo que supone una auténtica teoría moral; en segundo lugar, trazaremos las líneas fundamentales de su "teoría de la justicia", su contenido y formalización; y por último someteremos a un balance crítico las conclusiones a las que llega Posner por imperio de los principios de los que parte.

6. POSNER, R. "Book Review of Calabresi's Cost of Accidents", en *University of Chicago Law Review*, n. 37 (1970), pp. 636-648, especialmente p. 638.

7. En una de las obligadas respuestas que debió dar a las numerosas críticas recibidas por diversos iusfilósofos de habla inglesa, y tan distanciados el uno del otro como pueden estarlo Ronald Dworkin y John Finnis, Posner reconoció que "...*habiendo ahora leído las Respuestas, reafirmo la posición tomada en las Conferencias* (publicadas bajo el título "*The Problematics of Moral...*", nota 6 de este trabajo), *si bien reconozco la necesidad de ampliar y corregir numerosas cuestiones en particular...*" (Véase POSNER, R., *Harvard Law Review*, vol. 111, n. 8 [1998], p. 1796. El subrayado es nuestro)

2. FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL AED

En un trabajo publicado en 1979⁸, incluido luego con ligeras modificaciones en su libro *The Economics of Justice*⁹, Richard Posner aborda *in extenso* la cuestión de los fundamentos filosóficos en que se asienta el AED, aun cuando es posible encontrar diversas variaciones del mismo tema desperdigadas en una decena de artículos más¹⁰. Dicho trabajo, a nuestro entender, es la respuesta más elaborada que Posner da al problema planteado en su disputa con Calabresi: si la búsqueda de la utilidad total, bienestar general o felicidad del mayor número de personas, no constituye acaso un objetivo laudable y aconsejable desde el punto de vista ético y político, aun cuando no existan “razones económicas” que nos constriñan a buscarlo.

A fin de exponer ordenadamente los pasos dados por el autor en la elaboración de la respuesta, procederemos del siguiente modo: analizaremos primero qué debe entenderse por “teoría moral”, es decir, qué criterios debe poder satisfacer una teoría para ser considerada tal; en segundo lugar veremos por qué a juicio de Posner el AED puede ser considerado con toda justicia una auténtica teoría moral; y en tercer lugar, expondremos someramente el contenido fundamental de la noción de justicia manejado por el AED en la versión posneriana, y en tanto *teoría moral*.

2.1. Tres criterios para evaluar una “teoría moral”

El problema de si la búsqueda y consecución de la felicidad o utilidad del mayor número de personas puede erigirse o no como una meta social *valiosa*, supone una discusión acerca de la validez del *utilitarismo* como teoría moral, y una crítica y superación del mismo desde el enfoque moral

8. Nos referimos a “Utilitarianism, Economics and Legal Theory”, en *Journal of Legal Studies*, n. 8 (Chicago, 1979), pp. 103-140.

9. POSNER, R., *The Economics of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1998, pp. 48-87.

10. Los más importantes son, a nuestro juicio, y sin menoscabo de los restantes citados y analizados en el presente trabajo: “The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law”, en *Journal of Legal Studies*, n. 10 (Jan. 1981), pp. 187-206; “The Law and Economics Movement”, en *American Economic Review Papers and Proceedings*, vol. 77, n. 2 (1987), pp. 1-13; “Altruism in Law and Economics”, en *American Economic Review Papers and Proceedings*, vol. 68, n. 2 (1978), pp. 417-421 (en colaboración con William Landes); “Wealth Maximization and Tort Law. A Philosophical Inquiry”, en *Philosophical Foundations of Tort Law*, OWEN, D.G. (ed.), Oxford University Press, 1996, pp. 99-112.

proporcionado por el AED. Por ello comienza Posner aclarando qué debe entenderse por "utilitarismo":

"El utilitarismo, tal como se entiende de ordinario y tal como emplearé el término en este trabajo, sostiene que el valor moral de una acción (o de una práctica, de una institución, de una ley, etc.) debe juzgarse por su resultado en la promoción de la felicidad —"el plus de placer por sobre el dolor"¹¹— acumulada de todos los habitantes (en algunas versiones utilitaristas: de todos los entes capaces de sentir) de una "sociedad" (que tanto podría ser una sola nación o el mundo entero)..."¹²

Está claro entonces que la búsqueda de la felicidad del mayor número de personas constituye un objetivo fundamental propuesto por el utilitarismo, por lo menos en la versión "altruista" que contribuyeron a desarrollar John Stuart Mill (1806-1873), y a su modo también Jeremy Bentham (1748-1832). Frente al utilitarismo se yergue el AED como teoría moral, y la primera dificultad que en apariencia éste debería solucionar es la de la "fundamentación moral" de la eficiencia, es decir, por qué la eficiencia debe ser tomada en cuenta como un valor moral. Sin embargo, Posner sostiene que esta exigencia en algún sentido es exagerada, y que existen por los menos dos importantes "usos normativos"¹³ del AED que se sustraen a cualquier planteo o cuestión filosófica.

El primero de dichos usos consiste en señalar los *costos de un determinado curso de acción*. Supongamos que se propone un debate moral acerca de la "bondad" o "maldad" de la pena de muerte, y del aparente derecho del Estado a matar. El economista carece por cierto de competencia para juzgar el fondo moral del asunto, pero contribuye eficazmente al debate ético en la medida en que aporta datos para justificar que la abolición de la pena de muerte acarreará un incremento en los índices de criminalidad. Por ello afirma Posner que "*en la medida en que se admita que los costos tienen alguna relevancia ética, el economista cumple un rol en la formación de los juicios morales*"¹⁴, y citando a un reconocido anticonsecuencialista sostiene que constituye un verdadero "fanatismo" el no adjudicar

11. La cita, referenciada en el texto mismo por Posner, pertenece a SIDGWICK, H., *The Methods of Ethics* (1907), p. 413. Lamentablemente el Autor nunca cita indicando editorial ni lugar de edición. Valga la aclaración para las omisiones restantes que el lector encontrará cuando las citas sean hechas por él.

12. POSNER, R., "Utilitarianism...", cit., p. 104.

13. Para la distinción entre "Economía Normativa" y "Economía Positiva", véase nuestro trabajo citado en nota 2 "*Fundamentos y límites de una economía de la justicia*", pp. 96 y ss.

14. POSNER, R., "Utilitarianism...", cit., p. 109

papel alguno a la consideración de los costos en la determinación de las obligaciones¹⁵.

Pero al margen de colaborar con los individuos en la correcta formulación de juicios normativos señalándoles “*qué cantidad de un valor [sic] o de su bienestar económico deben sacrificar para alcanzar cualquier otro valor (o, en forma equivalente, cuánto valor económico pueden obtener por el sacrificio de un valor moral, por ejemplo, por el rechazo moral a la venta de un rinón o de las córneas)*”, el economista puede proporcionar directivas concluyentes para la acción moral si el individuo adopta la eficiencia como regla rectora de su conducta. Ciertamente es que, como Posner reconoce, pocas personas adoptan en nuestra sociedad la “maximización de la riqueza” o alguna otra versión de la eficiencia como valor moral supremo, pero también es igual de cierto que “*pocas personas lo juzgan un valor trivial*”, y que en muchas situaciones “*constituye el único valor en juego*”¹⁶.

A pesar de ello Posner sostiene que es posible, con todo, “fundar” el AED sobre bases normativas consistentes. En el caso de teorías científicas “positivas”, uno puede tomar partido satisfactoriamente entre dos o más teorías rivales de manera muy simple: dado que toda teoría genera hipótesis comprobables empíricamente, podremos aceptar o rechazar aquellas teorías cuyas comprobaciones confirmen o descalifiquen las hipótesis. Pero como es fácil de advertir, en el caso de las teorías normativas este mecanismo decisorio no funciona. Sin embargo, a juicio de Posner se puedan establecer tres criterios fundamentales que permitirán aceptar o rechazar una teoría moral, a saber:

- a) Que la teoría no logre formular ciertos criterios formales básicos de adecuación, tales como consistencia lógica, completitud, definitividad, y otros semejantes, en cuyo caso deberá ser rechazada sin más.
- b) Que la teoría adopte preceptos morales francamente contrarios a “las intuiciones morales” ampliamente compartidas y aceptadas por una sociedad (como sería, por ejemplo, postular que el asesinato sea una cosa moralmente buena), en cuyo caso también habrá que rechazarla.
- c) Que una sociedad que adopte tal teoría no logre sobrevivir en la competencia con otras sociedades que adopten teorías rivales, en cuyo caso también procederá su rechazo.

15. La referencia y la cita de Posner es: FRIED, Ch., *Right and Wrong*, 1978, p. 10.

16. POSNER, R., “Utilitarianism...”, cit., p. 110.

El tercer criterio mencionado puede ser controvertido, admite Posner, pero además no proporciona una pauta de distinción clara entre el utilitarismo y el AED como teoría moral basada en la eficiencia o “maximización de la riqueza”, de ahí que no lo aborde en el marco del trabajo que estamos analizando. En cuanto a los dos primeros señala que *“juzgado ya sea por el criterio de la formalidad o por el de la conformidad con nuestras intuiciones morales, el AED es menos “rechazable” que el utilitarismo o el kantismo”*¹⁷. Por lo tanto, podríamos reformular nuestro problema diciendo que se trata de demostrar que el principio moral básico del AED (la “maximización de la riqueza” o eficiencia) es más consistente, definido, completo y capaz de formalizar una teoría moral que el principio moral del utilitarismo, cosa que haremos inmediatamente en el apartado que sigue.

En cuanto al segundo criterio, Posner admite que un intuicionismo tal puede parecer subjetivo y encerrar una cierta circularidad lógica. Pero lo que se busca de una teoría moral es no una base para abandonar aquellos preceptos éticos fundamentales que todos aceptamos, sino más bien *“una estructura que organice nuestras intuiciones”* y nos provea de una guía en el manejo de ciertos problemas morales en los que nuestras intuiciones no son tan claras. Todos sabemos, en efecto, que matar a un ser humano para salvar a una oveja está mal, pero ya no estamos tan seguros cuando se trata de saber si es mejor *“ayudar a un hombre hambriento que conocemos... [o] aliviar la necesidad de cien personas que desconocemos”*¹⁸. En definitiva, el criterio intuicionista debe poder ayudarnos simplemente a rechazar ciertas “monstruosidades” morales, más allá de su lógica circular, monstruosidades a las que se arriba si se admiten las consecuencias de los postulados utilitaristas, como tendremos ocasión de ver.

2.2. La maximización de la riqueza como principio moral

Posner dedica largas páginas a criticar el utilitarismo y el kantismo, mostrando las inconsistencias y ambigüedades de uno y otro como teorías morales. El propósito es obvio, como quedó claramente expuesto en el apartado anterior: mostrar que el AED como teoría moral es preferible a cualquiera de estas dos teorías rivales.

17. *Ibid.*, p. 111.

18. La cita textual, referenciada por Posner en el texto mismo, es de HAYEK, F., *Law, Legislation and Liberty*, 1976, p. 145.

Llama poderosamente la atención, sin embargo, que en la selección de sus rivales no haya tenido en cuenta para nada toda una tradición moral que también se presenta como rival de las anteriores, y que por su larga historia y por la cantidad de autores que la han defendido y han contribuido a su esclarecimiento no puede ser ignorada tan gratuitamente en un debate de esta naturaleza. Nos referimos, por supuesto, a la tradición de la *Ley Natural*, que desde Aristóteles hasta el presente ha tenido diversas formulaciones, pero un “núcleo duro” indiscutido.

La indiferencia del autor respecto de esta tradición apenas si puede justificarse por el contexto cultural en que el debate posneriano está planteado, ya que aun en los países anglosajones encontramos conspicuos expositores de esta doctrina, como es el caso del erudito Profesor de Oxford, John Finnis¹⁹. De todos modos dejaremos las cosas tal como están planteadas y analizaremos esta limitación más adelante cuando hagamos un balance crítico del problema.

Una de las ambigüedades más notables del utilitarismo radica en la definición de felicidad, es decir, justamente en la precisión de la meta u objetivo que deben perseguir las acciones morales.

“...Lo que debe maximizarse, al menos como lo entienden hoy la mayoría de los utilitaristas, no es un particular estado psicológico de éxtasis, euforia o lo que fuere, sino el concepto más amplio posible de satisfacción. La felicidad, la utilidad, se maximizan cuando las personas (o las criaturas) son capaces de satisfacer sus preferencias, *cualesquiera que éstas sean*, hasta la máxima extensión posible”²⁰

Si dejamos de lado la grosería de considerar que las preferencias de los animales —en tanto criaturas capaces de “sentir”— también deben ser tenidas en cuenta —cosa que por absurda que parezca ha sido esgrimida no obstante por algunos utilitaristas contemporáneos—, y tomamos en cuenta solamente las preferencias de las personas, “*cualesquiera que éstas sean*”, surge inmediatamente una serie de contradicciones, algunas de las cuales constituyen verdaderas monstruosidades, producto de la ambigüedad del concepto mismo de felicidad y de la reticencia o imposibilidad de establecer distinciones morales entre los diversos tipos de placer. Es célebre en este sentido el ejemplo de Jeremy Bentham de eliminar la indigencia

19. Autor, entre muchas otras, de una de las obras más estudiadas y comentadas en los últimos veinte años en el terreno de la Ética y la Filosofía del Derecho: *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980.

20. POSNER, R., “Utilitarianism...”, cit., p. 112.

mediante el sometimiento a servidumbre de los mendigos (aumentando así el bienestar tanto de los mendigos como del resto de la población). Podría objetarse que Bentham es exponente de un radicalismo filosófico hoy trasnochado, pero no puede negarse que la conclusión a la que arriba es coherente con su punto de partida.

Sin embargo, las monstruosidades más visibles del utilitarismo surgen de su inclinación a sacrificar la felicidad individual en aras de las necesidades sociales. Un autor lo ha denunciado claramente al decir que

"...bien podría darse el caso de que resulte un mayor bien y un mal menor del asesinato oculto y sin dolor de vuestro malicioso, anciano e infeliz abuelo que de no hacerlo: él resultaría liberado de su maldita existencia; sus hijos se regocijarían por la herencia y no sufrirían ya más sus injurias; y vos anticiparíais la recompensa prometida a quienes hacen el bien en secreto. Nadie dudaría seriamente de que una postura con tales consecuencias sería monstruosa..."²¹

Otro ejemplo importante de las monstruosidades que habría que admitir si se adhiere al principio utilitarista lo brinda la historia: es el caso de las medidas iniciales y relativamente "suaves" adoptadas por Hitler en contra de la población judía (el decomiso de sus propiedades, por ejemplo). Es de suponer que tales medidas habrán incrementado la felicidad total de Alemania, tratándose de una minoría étnica *"tan insignificante para el resto de la población, tan miserable y tan odiada que incluso su exterminación hubiese incrementado el bienestar general de la sociedad"*²². Nuestras "intuiciones morales", argumenta Posner, nos dicen que toda forma de discriminación u odio racial debe ser rechazada, pero si adoptamos el punto de vista utilitarista, nada habría de malo en el aumento de la utilidad total de un pueblo mediante la segregación de una minoría racial odiada e insignificante en términos cuantitativos.

Frente a las ambigüedades del concepto de "felicidad" o utilidad, Posner plantea la *maximización de la riqueza* como pauta moral suprema, y distingue con toda precisión la diferencia entre uno y otro concepto. *"Riqueza es el valor en dólares o el equivalente en dólares (aclaración muy importante, como veremos) de cualquier cosa en una sociedad"*²³. La riqueza, así entendida, se mide *a partir de lo que un individuo está dispuesto a pagar por algo o, si ya lo posee, por lo que está dispuesto a recibir para*

21. DONAGAN, A., "Is There a Credible Form of Utilitarianism?", en BAYLES, M. D. (ed.), *Contemporary Utilitarianism*, 1967, p. 187 (citado textualmente de POSNER, R., "Utilitarianism...", cit., p. 112.)

22. POSNER, R., "Utilitarianism...", cit., p. 112.

23. *Ibid.*, p. 119.

desprenderse de ello. Por consiguiente, la única clase de preferencia que puede tomarse en cuenta en un sistema moral basado en el principio de la maximización de la riqueza es el que se asienta en el dinero, o en otras palabras, el que se registra en un mercado. Pero lo significativo es que el mercado no necesita ser “explícito”, por llamarlo de algún modo. Gran parte de la vida económica actual está organizada sobre la base o el modelo del mercado: tómese por ejemplo el matrimonio, la crianza de los niños, o una simple y amistosa partida de bridge. En cada uno de estos ejemplos se puede “monetarizar” su valor atendiendo al precio de los servicios sustitutos que se venden en el mercado explícito (el corretaje matrimonial, las guarderías y los casinos respectivamente, en los ejemplos mencionados), de modo que la *riqueza* así definida constituye una pauta objetiva y mucho más precisa que la *felicidad* o el *bienestar*.

Otro importantísimo ejemplo del alcance que esta pauta moral posee lo brinda el llamado “mercado hipotético” (*hypothetical market*). Existen numerosas situaciones en las que el intercambio entre individuos no es voluntario, más aún, en que ni siquiera existe la intención de intercambiar nada. Aun en esas situaciones el concepto de *riqueza* –tal como lo define Posner– constituye el *maximandum* (“lo que debe ser maximizado”). Compárense dos situaciones distintas, a modo de ejemplo. En la primera, A tiene una docena de naranjas y B \$ 3. A le ofrece las naranjas a B a cambio de los \$ 3 y éste acepta. Como producto del intercambio en una situación de “mercado explícito” puede afirmarse que ha habido un incremento de la riqueza de la sociedad. En efecto, antes del intercambio A poseía una docena de naranjas cuyo valor era inferior a \$ 3 –pues de otro modo no hubiese estado dispuesto a desprenderse de ellas por esa suma– y luego del mismo modo posee \$ 3: su riqueza experimentó un incremento. El mismo análisis puede realizarse respecto de B. En la segunda situación, B se lleva accidentalmente por delante a A y destruye sus naranjas: se da una situación de mercado hipotético en donde no existe voluntad alguna de intercambio. Sin embargo, un tribunal que resolviese la demanda instaurada por A en contra de B deberá atender no a la felicidad o bienestar dejado de experimentar por A a causa del atropello de B, pues ello es imposible de establecer, sino más bien deberá tomar la pauta de maximización de la riqueza para brindar una sentencia justa, y para ello aplicará la “Fórmula o Criterio de Hand” elaborada por Posner en su Teoría de la Negligencia²⁴. Esa pauta

24. Véase al respecto nuestro artículo “Fundamentos y límites de una economía de la justicia”, pp. 93 y ss. con los ejemplos allí dados acerca de la aplicación de esta fórmula a la resolución de daños y accidentes.

consiste en comparar el valor que las naranjas poseían para A y el valor de la actividad desplegada por B, y causante del accidente. Ciertamente es que el valor relevante de ambos productos no se conoce ni se puede conocer hasta que se revelen en una transacción real de “mercado explícito”, pero no obstante los tribunales “*pueden predecir con razonable agudeza cuál será la asignación de recursos más eficiente que maximizará la riqueza*”²⁵. De ahí que el análisis aproximativo de los casos denominados de “mercado hipotético” deba reservarse solamente para aquellos casos en que los costos de transacción son tan altos que no puede acudir a una solución de mercado explícito o real, como ocurre generalmente en los accidentes.

Precisamente son los casos de mercado hipotético los que permiten distinguir claramente entre la pauta utilitarista del bienestar o felicidad y la pauta posneriana de la maximización de la riqueza. En un ejemplo de contaminación industrial brindado en nuestro trabajo anterior²⁶ mostrábamos cómo la solución eficiente se alcanza siempre en el mercado cuando los costos de transacción son nulos (hipótesis por cierto bastante irrealista) y más allá de la asignación de derechos realizada por el sistema jurídico. La solución eficiente representa siempre la de menor costo social, puesto que ello permite la maximización de la riqueza, pero **no necesariamente es la que proporciona mayor felicidad o utilidad a la población**. En aquel ejemplo la solución eficiente —la menos costosa— consistía en la compra del filtro para la fábrica, pero atendiendo al número de pobladores que debían continuar soportando la presencia de la fábrica en su vecindario es de suponer que el mayor bienestar, la sumatoria de felicidad, o simplemente la *felicidad del mayor número de personas* al decir de John Stuart Mill, hubiese sido el traslado de la factoría o su cierre.

Utilidad y riqueza, está claro, no son lo mismo. Sin embargo existe un largo malentendido acerca de su aparente identidad debido al lenguaje empleado por los mismos economistas. Éstos suelen decir que los sujetos desarrollan una conducta maximizadora de sus preferencias, pero ciertamente la riqueza no puede ser entendida tampoco como la sumatoria de todas ellas. Cabe preguntarse entonces si una teoría moral como el utilitarismo, que toma en cuenta un abanico más amplio de preferencias en la conducta de los individuos, no debería reputarse como una teoría moral más elevada

25. POSNER, R., “Utilitarianism...”, cit., p. 120.

26. Véase “Fundamentos y límites de una economía de la justicia”, pp. 105 y ss.

y completa que esta otra teoría que sólo toma en cuenta una única pauta moral. Posner niega categóricamente esta posibilidad, y afirma

“...En primer lugar, como veremos, la búsqueda de la riqueza es más consistente con nuestras intuiciones referidas a la conducta moral que la búsqueda de la felicidad. En segundo lugar, el principio de la riqueza puede contribuir más fácilmente a elaborar los elementos formales de una teoría ética –incluyendo las nociones de derechos y de justicia correctiva– que el utilitarismo. Un tercer punto vinculado a ello es que el principio de la riqueza es un principio más definido que el de la felicidad...”²⁷.

Posner trae a ejemplo una situación que ilustra claramente la superioridad moral de la búsqueda de la riqueza por sobre la felicidad o la utilidad. Dos hombres desean un joya cuyo valor es de US\$ 10.000, pero uno está dispuesto a pagar por ella y el otro a contraer una “disutilidad” no dineraria equivalente a la de tener que abonar dicha suma (el costo de la pena impuesta por el robo de la joya). Indudablemente el primero asume como pauta moral de su conducta la maximización de la riqueza, aun cuando no lo tematice en cuanto tal, y el segundo solamente la búsqueda de su felicidad, utilidad o simplemente placer. El primero incrementa con su conducta la riqueza de la sociedad, no solamente la del dueño de la joya en forma directa, sino también la de todas aquellas personas que de un modo u otro se benefician con su actividad productiva. Si admitimos que el sujeto que trabaja, el “individuo productivo”, percibe un ingreso menor que el valor social total de su producción, dicho excedente enriquece a la sociedad en general a lo largo de toda la cadena productiva (no solamente al empleador que contrata sus servicios, como pretende la teoría de la “plusvalía” de Marx), mientras que el ladrón no solamente causa un daño casi imposible de reparar “económicamente”, sino que con toda seguridad su conducta jamás generará beneficio o riqueza alguna para nadie. Lo contradictorio es que el utilitarismo se ve impedido de condenar la conducta del ladrón, puesto que en definitiva éste persigue lo que constituye su propia felicidad, y en el caso de que el robo sea perpetrado contra un próspero joyero que cuente con un buen seguro, la utilidad del ladrón estaría más que justificada por la casi segura inexistencia de un sufrimiento o dolor de parte de la víctima.

Posner sugiere que la búsqueda de la riqueza trae aparejada además una constelación de valores –tales como el cumplimiento de las promesas, la veracidad, la lealtad y la honestidad, entre otros– que reducen los cos-

27. POSNER, R., “Utilitarianism...”, cit., p. 122.

tos de transacción referidos a la “policía de los mercados” (a través de la autoprotección), a la litigiosidad, al detallismo en la contratación, etc. Es decir, en una sociedad que asuma la pauta moral de la maximización de la riqueza será posible encontrar todos estos valores mucho más arraigados que en otra sociedad guiada por otras pautas morales, lo que constituye una reafirmación de la bien conocida tesis weberiana desplegada en *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. En efecto,

“... se puede dudar si la misma constelación de virtudes y capacidades está implicada en el principio de la felicidad, especialmente si se atiende al grado de abnegación implícito en la adherencia a las “virtudes protestantes”. Los utilitaristas deben otorgar a la capacidad para el gozo, a la autoindulgencia, y a otros valores hedonistas y epicúreos por lo menos el mismo énfasis que a la diligencia, la honestidad, etc., que los utilitaristas valoran solamente en la medida en que tienden a incrementar la riqueza y de ahí, probablemente, la felicidad”²⁸.

Aquí se deja ver una de las más grandes diferencias entre el utilitarismo y la moralidad del AED. Algunas de las “monstruosidades” a las que da lugar el primero tienen su origen precisamente en el valor supremo otorgado a la satisfacción del placer en la medida en que aumenta la utilidad social, no pudiendo acudir a otra norma superior ni equivalente a la hora de dirimir situaciones dilemáticas (como en el ejemplo de Bentham para acabar con la mendicidad). Por el contrario, la riqueza obtenida en un marco de legalidad sólo es posible en la medida en que se hacen cosas en favor de los demás, ofreciendo todas las ventajas propias del intercambio. Como dice Posner, “*el individuo puede ser completamente egoísta, pero en una economía de mercado bien regulada no puede alcanzar su propio interés sin beneficiar al mismo tiempo a los demás tanto como a sí mismo*”²⁹, lo que constituye sin duda, como puede apreciarse, una remisión a la “mano invisible” de Adam Smith y a las consecuencias sociales de la conducta egoísta asumidas como de suyo evidentes por todos los autores liberales a lo largo de la historia³⁰.

28. *Ibid.*, p. 124.

29. *Ibid.*, p. 132.

30. De hecho la referencia de la nota 19 a Friedrich Hayek es una clara muestra de la indiscutibilidad del mencionado supuesto liberal. El texto completo de la cita es el siguiente:

“...Mucho estimamos hacer el bien si sólo es hecho para beneficiar las necesidades específicas de gente conocida, y consideramos realmente como mejor ayudar a un hombre hambriento que conocemos, que aliviar la necesidad de cien personas que desconocemos; pero de hecho hacemos el bien más general mediante la persecución de las ganancias... El ideal al cual el empresario exitoso puede destinar el uso de sus ganancias puede consistir en

Pero a juicio de Posner la superioridad moral de la búsqueda de la riqueza por sobre la utilidad se deja ver fundamentalmente en la posibilidad de fundar una teoría de la justicia –tanto distributiva como correctiva– sobre bases mucho más sólidas y definidas que las proporcionadas por la consecución de la felicidad, lo que constituye sin duda la prueba final que el AED logra sortear con éxito a la hora de evaluar y comparar ambas teorías.

2.3. *Una teoría de la justicia y de los derechos en clave económica*

Desde Aristóteles hasta el presente –excepción hecha de Marx y de aquellos que siguiendo sus pasos creen que todo intento por definir la justicia constituye una forma de encubrir la iniquidad estructural de una sociedad cualquiera³¹– la justicia ha sido definida universalmente como una cierta igualdad. A este respecto dice el Estagirita:

“...la justicia es, en la opinión común, cierta igualdad; y en cierta medida, además, todos están de acuerdo con los principios filosóficos que hemos precisado en la *Ética*, o sea que, a dicho de ellos, la justicia es algo objetivo en relación con las personas y que debe haber igualdad entre iguales. Pero con respecto a qué cosas debe haber igualdad y con respecto a cuáles otras desigualdad, es algo que no debe ocultársenos, por ser punto difícil y que atañe a la filosofía política...”³²

Sin embargo, a la hora de precisar en qué consiste dicha igualdad o quiénes han de ser considerados “iguales” las diversas filosofías ingresan en un terreno resbaladizo en el cual es difícil hacer pie. El mismo Aristóteles reconocía que en las pretensiones de las distintas facciones políticas de su época (oligárquicos, aristocráticos y democráticos) había que reconocer una cierta justicia, relativa por cierto, en función de los títulos esgrimidos

fundar un hospital o una galería de arte en su ciudad. Pero cuestión aparte de cuáles sean sus deseos respecto de sus ganancias una vez que las haya alcanzado, lo cierto es que la búsqueda de las máximas ganancias posibles lo conduce a beneficiar la mayor cantidad de gente que si sólo se concentrara en la satisfacción de las necesidades de gente conocida. La mano invisible del mercado lo conduce a brindar el auxilio de las modernas conveniencias a los hogares más pobres que incluso desconoce...”

31. Al respecto dice Carlos I. Massini Correas: “... el descarte de la idea de justicia del sistema de pensamiento marxista se debe fundamentalmente a que, para Marx, la justicia consistiría simplemente en un intento de mitigar o bien meramente de enmascarar las desigualdades que resultan inevitables en los sistemas sociales clasistas...”. Véase del autor su *Filosofía del Derecho*, Tomo II: *La justicia*, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 133.

32. ARISTÓTELES, *Política* (Trad. de Antonio Gómez Robledo), Porrúa, México, 1994, p. 210.

para justificar dicha igualdad (la riqueza, la nobleza de sangre que engendra la “virtud cívica” y la libertad, respectivamente), pero nunca estableció de manera categórica cuál de todos ellos debía ser considerado el criterio rector, aunque es dable suponer que en su fuero interno se inclinaba por la virtud moral, como bien sostiene Massini Correas³³.

Un jurista contemporáneo, preocupado por la disparidad de criterios en liza a la hora de establecer en qué consiste el célebre *suum cuique tribuere* de Ulpiano, ha llegado a distinguir hasta seis formulaciones posibles: “dar a cada uno la misma cosa”, “a cada uno según sus méritos”, “a cada uno según sus obras”, “a cada uno según sus necesidades”, “a cada uno según su rango”, y por último, “a cada uno según lo que la ley le atribuya”. Charles Perelman —de él se trata— concluye diciendo que todos esos criterios pueden ser reducidos a uno solo, que denomina “formal” o “abstracto”, y cuya formulación es la siguiente: “*la justicia es un principio de acción según el cual los seres de una misma categoría esencial deben ser tratados del mismo modo*”³⁴. Pero la dificultad estriba en que semejante criterio formal nada dice acerca del “contenido” o sustancia de la justicia, ni de quiénes ni por qué deban ser considerados como integrantes de una misma categoría esencial. Si en definitiva la igualdad no puede ser establecida sobre un parámetro seguro y bien definido no constituye más que un concepto vacío y carente de operatividad. En este punto se encuentra la principal objeción que Posner plantea al momento de aceptar que la justicia consista precisamente en una cierta igualdad. Analicemos este punto de singular importancia con algún detalle.

En primer lugar, Posner toma como *partenaire* de su discusión en torno a la justicia entendida como una cierta igualdad al filósofo norteamericano John Rawls —como era de esperar— y a su particular concepción de la justicia elaborada en su obra más importante³⁵. Definida la justicia como el resultado de una decisión colectiva tomada por los individuos en la *situación* o *posición original*, es decir aquella en la que se encuentran despojados de todas sus características individuales y afectados por el *velo de la ignorancia*, Rawls considera que dos son los principios básicos de justicia a los que es forzoso arribar:

“... *Primer principio*: cada persona ha de tener un derecho igual al más extenso sistema total de iguales libertades básicas compatible con un sistema de libertad para to-

33. Véase MASSINI CORREAS, C.I., cit., p. 29.

34. PERELMAN, Ch., *Justice et raison*, Université de Bruxelles, Bruxelles, 1972, p. 26.

35. *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1971.

dos. *Segundo principio*: las desigualdades sociales y económicas han de ser dispuestas de modo que sean al mismo tiempo: a) para el mayor beneficio de los menos aventajados, compatible con el justo principio del ahorro, y b) vinculadas a posiciones y cargos abiertos a todos bajo condiciones de una ecúánime igualdad de oportunidades”³⁶

Según Posner, el segundo de los principios rawlsianos, conocido como “principio de diferencia” o de “justicia social”, adolece de todas las ambigüedades y deficiencias que ya hemos visto reprocharle al utilitarismo. Aun cuando Rawls rechace el utilitarismo “*porque no toma en cuenta seriamente las diferencias entre las personas*”, su principio de justicia social se asemeja muchísimo al postulado benthamista de “*maximizar la igualdad en el ingreso sujeto a la restricción de preservar la incentivación de los individuos a comprometerse en actividades productivas...*”³⁷. Tanto en Bentham como en Rawls, la meta de la igualdad o equidad buscada depende intrínsecamente de meras suposiciones de difícil comprobación: la forma de la curva de la utilidad marginal del ingreso, el grado de aversión al riesgo de parte de los individuos ubicados en la *posición originaria* (porque el segundo principio rawlsiano supone infundadamente que la mayoría de los individuos temen el riesgo), y el grado de *desincentivación* que puedan tener las políticas igualitarias.

Pero no son éstas las únicas ambigüedades que Posner advierte en la teoría rawlsiana de la justicia. Como agudamente señala en su primera obra, *Economic Analysis of Law*, la teoría carece de todo contenido operacional³⁸. Además de no poder precisar cuánta aversión al riesgo es dable presumir en los individuos, encontramos el problema de no poder decir quiénes deben ser considerados los “*menos aventajados*” conforme al segundo de los principios, puesto que si el término “menos aventajados” se refiere a una sola persona, algunas medidas resultarán inadecuadas, y por ende injustas, al igual que si entendemos por “menos aventajados” solamente el decil más pobre de los gráficos que representan la distribución del ingreso en una población (y que permiten obtener el denominado “coeficiente de Gini”) o los dos deciles más pobres, y así sucesivamente. Además, no parece que Rawls entienda el término en un sentido estrictamente económico o pecuniario, de modo que aun restaría resolver la ambigüedad inherente a la incommensurabilidad de la desigualdad, tal como Posner lo

36. RAWLS, J., cit., p. 302.

37. POSNER, R., “Utilitarianism...”, cit., p. 118.

38. POSNER, R., *Economic Analysis of Law*, Aspen Publishers, New York, 2003, p. 474.

explica en un importante apartado de su obra más conocida³⁹. De manera lapidaria Posner concluye afirmando:

“...El resultado de todas estas incertidumbres es que la teoría rawlsiana de la justicia parece bastante compatible por un lado con un socialismo rampante, y por el otro, con un “laissez-faire” capitalista, dependiendo todo de cuánta aversión al riesgo asumamos que los individuos poseen en la posición original, de cuán estrechamente definamos el grupo de los menos aventajados en cuyo interés las políticas deben operar, y de cuán efectivas consideremos las instituciones públicas referidas al mercado libre...”⁴⁰

Frente a la ambigüedad de la justicia entendida como una cierta igualdad, Posner sugiere finalmente que **la única justicia posible es la del mercado**. Sabemos que en el caso de ausencia de costos de transacción, es absolutamente indiferente la asignación inicial de los derechos, puesto que el *Teorema de Coase* muestra que la solución eficiente siempre se alcanza por el libre juego del mercado. Pero aun dejando de lado el supuesto irreal de ausencia de costos de transacción, ***el proceso de las transacciones voluntarias asignará los derechos en cuestión a quienes más los valoren***, o lo que es igual, ***a quienes estén dispuestos a pagar más por ellos***. Esta es la razón económica de “*asignar al trabajador el derecho a vender su trabajo y a la mujer el derecho a decidir con quién tener relaciones sexuales*”⁴¹, puesto que en ambos casos sólo quien esté en condiciones de valorar más el trabajo o el intercambio sexual es quien con toda justicia merecerá ser “titular” del derecho en cuestión. En prueba de ello, si el derecho a disponer de la fuerza de trabajo o del propio cuerpo fuese atribuido a otras personas, “*generalmente (aunque no invariablemente) dichos derechos serían vueltos a comprar por el trabajador y por la mujer, respectivamente*”, como de hecho ocurrió en la historia de la esclavitud en Norteamérica, donde consta por numerosos testimonios que muchos esclavos compraron su libertad. Incluso no existe, según Posner, otro mecanismo para identificar la existencia de un derecho y atribuirlo en cabeza de un titular más que la valoración pecuniaria ya dicha, a tal punto que “*alguien podría estimar tan alto un derecho que podría incluso no revenderlo a su dueño “natural”...*”⁴².

39. Véase POSNER, R., *Economic Analysis of Law*, cit., pp. 467 y ss. (capítulo 16, punto 1: “La medición de la desigualdad”).

40. *Ibid.*, p. 475.

41. POSNER, R. “Utilitarianism...”, cit., p. 125.

42. *Ibid.*, p. 125.

Préstese mucha atención a esto. ¿Insinúa Posner que el amo podría estimar el trabajo de su esclavo mucho más de lo que el esclavo apreciara su libertad —cosa que sólo puede medirse por el regateo que ambos realizaran en torno al precio de la transacción— y por consiguiente conservar el amo el derecho a la servidumbre? Posner lo estaría admitiendo implícitamente —puesto que nunca se formula una pregunta como ésa— y apenas si atina a decir distraídamente que

“...sin duda las dificultades inherentes al tener que devolver un capital humano pueden echar por tierra los esfuerzos del dueño natural por comprar de vuelta el derecho a su trabajo o a su cuerpo, incluso de manos de quien no lo valorase realmente más de lo que él lo hace, pero ésta es simplemente una razón más para atribuir el derecho inicialmente en cabeza de su dueño natural...”⁴³

Insistimos en esto: si el amo valorase efectivamente la servidumbre más de lo que el esclavo apreciase su libertad, ¿no existiría razón alguna, entonces, para negar un derecho a la esclavitud en cabeza del amo! Aun cuando no ha llegado todavía el momento de exponer la crítica a la teoría posneriana de la justicia, no podemos dejar de señalar dos cosas que serán aclaradas más adelante y que llaman poderosamente la atención: primero el violento golpe que una afirmación de ese estilo implica para “nuestras intuiciones morales fundamentales” al decir del mismo Posner, compartidas por toda nuestra sociedad, como sería en este caso el repudio universal a la esclavitud, y segundo el recurso a la noción de dueño “natural” que significativamente ha aparecido en el discurso posneriano por vez primera al querer revertir precisamente esa “intuición moral fundamental” que nos lleva a rechazar la esclavitud. Volveremos sobre esto en las conclusiones⁴⁴.

En cuanto al principio de justicia propuesto por Posner, dicho principio tiene su aplicación también en las situaciones de *mercado hipotético* antes referidas. En ellas se trata de imitar la solución de mercado,

43. *Ibid.*, p. 126.

44. Nuestro recurso a las “intuiciones morales” no significa en modo alguno la defensa ni la aceptación del *intuicionismo moral*. Como el lector podrá apreciar en nuestra crítica a la posición de Posner, somos partidarios del “cognitivismo” moral como negación del intuicionismo, vale decir, pensamos que el orden moral reposa sobre *fundamentos objetivos* proporcionados por la naturaleza humana que pueden ser conocidos por la razón práctica. El propósito parcial que aquí persigue nuestro recurso a las “intuiciones morales” fundamentales de nuestro tiempo (suponiendo que existan) es más bien irónico: trata de mostrar cómo los argumentos de los que echa mano el Autor terminan volviéndole la espalda.

comparando qué decisión tomarían las personas involucradas en caso de haber podido negociar. Consideremos nuevamente el ejemplo de nuestro trabajo anterior referido al transeúnte herido por un ladrillo desprendido de una obra en construcción: en ese caso la justicia se satisface con la simple constatación de la solución más eficiente, o dicho de otro modo, la de menor costo social (la adopción de medidas de seguridad o el resarcimiento de los daños)⁴⁵. En tales casos se aplica la fórmula "*Si $q_x Da \cdot Pr > C_x MS$, entonces N*" que puede leerse así: si la probabilidad de que ocurra el accidente (Pr), multiplicado por la gravedad del daño ($q_x Da$), es mayor que el costo de las medidas de seguridad necesarias para evitar el accidente ($C_x MS$), entonces hay negligencia de parte del dueño de la obra (N) y por ende el transeúnte tiene derecho a la indemnización. Como puede apreciarse, el dueño de la obra pudo *ex-ante* haber comparado el monto de la indemnización a la que un tribunal lo podría condenar eventualmente (daño emergente, daño moral y lucro cesante) y el monto de las medidas de seguridad necesarias para evitar el accidente (la instalación de mallas aéreas sobre la vereda, por ejemplo). Al ser mayor el monto de la indemnización debemos admitir dos cosas: la solución más eficiente es la de menor costo (en este caso la adopción de medidas de seguridad), y el transeúnte herido es quien está en mejores condiciones de valorar los derechos en cuestión (derecho a la integridad física *versus* derecho a causar un daño), puesto que es él quien tiene que desembolsar el dinero para restablecer su salud. Por consiguiente, es justo que prevalezca el derecho a la integridad física por sobre el derecho a dañar. Pero si los montos fuesen a la inversa, y la adopción de medidas de seguridad fuese mayor que la reparación de los daños (como en el ejemplo del caso "Francisco Torres contra Provincia de Mendoza" fallado por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Argentina⁴⁶), entonces la solución eficiente sería que el dañado afrontase los gastos de su curación, y eso sería justo según Posner, porque el dueño de la obra al tener que desembolsar una mayor suma de dinero

45. Véase "Fundamentos y límites de una economía de la justicia", pp. 93 y ss.

46. Véase *ibid.*, pp. 113 y ss. El caso de marras se refería a un propietario ribereño del Río Mendoza cuyas tierras quedaron anegadas por un aluvión. El hombre demandó al Estado Provincial por no haber construido las defensas aluvionales correspondientes. Fundaba su pretensión en el art. 128 de la Constitución de Mendoza, que establece que "El estado garantiza la seguridad del territorio provincial y de sus habitantes". La Corte acudió entonces al *Análisis Económico del Derecho* para fijar el alcance de dicha norma, y rechazar la pretensión del actor.

para comprar las mallas antiaéreas se encontraría en mejores condiciones de evaluar qué derecho vale más: si el derecho a construir y eventualmente dañar o el derecho a la integridad física⁴⁷.

Por último, y a modo de síntesis antes de entrar en el balance conclusivo de la teoría posneriana de la justicia, digamos que el principio de la maximización de la riqueza, según el propio autor lo detalla, posee cinco puntos a su favor para ser considerado una auténtica teoría moral preferible a las teorías rivales, a saber:

“Primero, una distribución inicial de los derechos individuales (a la vida, a la libertad, al trabajo) en cabeza de sus dueños naturales; segundo, libres mercados para permitir que dichos derechos sean reasignados de tiempo en tiempo a otros usos; tercero, reglas legales que simulan las operaciones del mercado cuando los costos de transacción son prohibitivos; cuarto, un sistema de remedios legales para disuadir y reparar las invasiones a los derechos; y quinto, un sistema de moralidad personal (las “Virtudes Protestantes”) que sirve para reducir los costos de transacción del mercado...”⁴⁸.

Con lo dicho hasta aquí basta para encarar la tarea final de someter la concepción posneriana de la justicia a una somera crítica cuya finalidad es, por el momento y dentro de los estrechos márgenes del presente trabajo, desnudar algunas de las contradicciones disimuladas en la trama de la exposición.

3. BALANCE CONCLUSIVO

A nuestro juicio, tres son las principales debilidades que le impiden al AED constituirse como “teoría moral”.

a) En primer lugar, la estrechez del debate ético encarado por el Autor. En la medida en que solamente compara su teoría moral con algunos de

47. Téngase presente dos observaciones respecto de la solución propuesta por R. Posner. Primero: la “Fórmula de Hand” es un criterio a tomar en cuenta “*lege ferenda*”, no “*lege lata*”, ya que procura asesorar a jueces y legisladores acerca de cuál sea la solución que torne más eficiente el sistema jurídico (enfoque normativo del AED). Segundo: dicha solución está pensada para un sistema jurídico como el Common Law en que las soluciones a los casos de “daños y perjuicios” no está contemplada en la normativa legal, como sí ocurre en nuestros sistemas continentales o “codificados”, de manera que los jueces norteamericanos poseen, en principio, mayor libertad para apartarse de las “fuentes formales” del Derecho (los casos jurisprudenciales precedentes, mayormente) de la que poseen nuestros propios jueces. Difícilmente un juez español o argentino podrá apartarse de la solución impuesta por la ley, salvo en los casos en que la ley sea ambigua y deba ser interpretada, como en el caso mencionado en la nota anterior.

48. POSNER, R. “*Utilitarianism...*”, cit., p. 127.

los posibles rivales, pero evitando la confrontación con una teoría que supera a las anteriores claramente en antigüedad y renovada vigencia, en cantidad y riqueza de autores que la han cultivado, y en sistematicidad, coherencia, completitud, definitividad y absoluta compatibilidad con los principios morales universales –más que con las “intuiciones morales fundamentales”– para emplear las mismas categorías de examen empleadas por el Autor, el debate no cumple su finalidad. Como dijimos oportunamente, la teoría de la ley natural y de los derechos naturales fue sistematizada y definida en primer término por Aristóteles. Sería imposible desplegar aquí los desarrollos de esta teoría en lo que concierne siquiera a la noción de justicia, pero no se puede negar que las pautas dirimentes invocadas por Posner se dan con mucha más propiedad en esta teoría que en el AED, en el utilitarismo o en el kantismo. La bibliografía que podría citarse en apoyo de esta afirmación es amplísima, pero basta ver la erudita obra de Gómez Robledo⁴⁹ para caer en la cuenta de que la afirmación de Norberto Bobbio (de quien no puede decirse por cierto que haya simpatizado con ella) es una honra a la verdad⁵⁰. Como dice también Carlos Ignacio Massini Correas:

“...Una somera revista de las más conocidas exposiciones acerca de este tema muestra claramente la verdad de este aserto: efectivamente, tanto la noción misma de justicia como la de igualdad, sus divisiones y modalidades, el caso especial de la equidad, su fundamento natural o positivo y casi todos los temas que se tratan en las exposiciones acerca de la justicia, tienen como referente, aunque más no sea para refutarlo, al texto aristotélico...”⁵¹

En definitiva, el análisis de la propuesta posneriana da la continua impresión de que, al comparar y confrontar permanentemente el AED con el utilitarismo –una teoría moral en franca retirada en nuestros días y apenas un rival que merezca ser tenido en cuenta por las “monstruosidades” que el mismo Posner refiere– el Autor ha perdido la oportunidad de verificar el grado de madurez y de consistencia de su propia propuesta en tanto teoría moral.

49. GÓMEZ ROBLED, A., *Meditación sobre la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1982.

50. Para este autor, la concepción aristotélica de la justicia es la “concepción canónica”, puesto que a partir de ella y en referencia a ella se han elaborado todas las concepciones occidentales de la justicia. Véase al respecto su artículo “Sulla nozione di giustizia”, en *Teoría política*, n. 1 (Torino, 1985), pp. 7-19.

51. Véase MASSINI CORREAS, C.I., cit., p. 24.

b) En segundo lugar, Posner no parece tener en cuenta el problema de la “inconmensurabilidad” de los fines o valores. Al explicar los tres criterios evaluadores de una teoría moral, dijimos que el AED posee al menos dos usos normativos que según Posner no requieren fundamentación filosófica alguna. El primero de ellos consistía en suministrar a los individuos el cálculo de “*qué cantidad de un valor o de su bienestar económico deben sacrificar para alcanzar cualquier otro valor (o, en forma equivalente, cuánto valor económico pueden obtener por el sacrificio de un valor moral, por ejemplo, por el rechazo moral a la venta de un riñón o de las córneas)*”⁵².

¿Es posible medir un valor respecto de otro, es decir, qué cantidad de libertad personal es necesario sacrificar por ejemplo para darle cabida a la propiedad? Posner, como vimos, sostiene que *sí es posible* y que además *es justo*. La regla de medida está dada siempre por el dinero (la cantidad de dólares que estoy dispuesto a entregar por algo), y dicha regla revela precisamente cuál de los valores en juego pesa más, “vale” más. Sin embargo semejante regla es inaceptable, y no precisamente por un prejuicio que alberguemos en contra del dinero o de la riqueza, como pretende Posner cuando se defiende de las acusaciones dirigidas en su contra⁵³. El tema de la repugnancia que la propuesta posneriana pueda causar al “sentido moral” de Occidente (suponiendo que exista semejante sentido, y que pueda ser tomado en cuenta en forma legítima si el mismo Posner lo considera el segundo criterio dirimente a la hora de evaluar una teoría moral), será analizado inmediatamente después.

La dificultad encerrada aquí es otra. Como Jonh Finnis explica con toda claridad en un reciente y lúcido trabajo, la *commensurabilidad* de lo bueno y lo malo en los posibles cursos de acción es legítima sólo en la medida en que la deliberación permanece el dominio de lo técnico. Tal es el dominio, por ejemplo, del análisis costos-beneficios. En el dominio de lo técnico Jonh Finnis admite que

“...1) los objetivos estén bien definidos, 2) los costos puedan ser comparados por referencia a una determinada unidad de valor (el dinero, por ejemplo), 3) los beneficios también puedan ser cuantificables de un modo tal que puedan ser conmensurables unos con otros, y 4) las diferencias respecto de los medios no sean tomadas en cuenta como

52. POSNER, R., “Utilitarianism...”, cit., p. 110.

53. Véase al respecto POSNER, R., “The Ethics of Wealth Maximization: Reply to Malloy”, en *Kansas Law Review*, n. 36 (1988), pp. 261 y ss.

importantes, al margen de sus costos mensurables, sus beneficios también mensurables, y otros aspectos referidos a su eficiencia en tanto medios...”⁵⁴

Pero otro ámbito distinto es el de lo moral. En el ámbito de la elección moral ninguna de las cuatro características mencionadas tiene validez, y en particular, “*no es posible realizar el tipo de commensurabilidad exigida por el utilitarismo en cualquiera de sus formas... [en especial] sus sucesos economicistas...*”⁵⁵. La razón de ello es que ambos dominios son irreductiblemente distintos, fundamentalmente por las realidades implicadas y comprometidas en la acción humana libremente escogida. Esta diferencia ya había sido señalada por Aristóteles en varios pasajes fundamentales de su obra, pero particularmente en el Libro Épsilon (Libro Sexto) de su *Metafísica*. Allí distingue el Estagirita claramente entre *póiesis* y *praxis*. La primera es el ámbito de las artes y las técnicas, dominio propio de un tipo de conducta cuya racionalidad consiste en saber arbitrar los medios necesarios para alcanzar un fin determinado. Allí juega un papel preponderante el “objeto”, la “cosa” cuya producción exitosa se desea alcanzar, y la finalidad del producir (*facere*) se satisface con el éxito de la empresa. Las cuatro características enumeradas por John Finnis son propias de la *póiesis* o producción.

Aristóteles realiza algunas consideraciones también en la *Ética Nicomaquea* (VI.4:1140^a2-23) que ilustran su irreductibilidad al campo de la *praxis*, ya que en ésta el obrar humano (*agere*) es “su propio fin”, es decir, las acciones humanas propias de este ámbito no poseen un límite definido, puesto que carecen de un fin más allá de ellas mismas cuyo cumplimiento o logro les proporcionase su término. En otras palabras, el horizonte de apertura que caracteriza a la existencia humana como *pro-yecto* no nos permite afirmar que dicha existencia se “termine” en cada decisión, elección o acción humana libremente escogida. Cada decisión, en el terreno de la praxis, “está puesta” sobre el trasfondo del fin último o Bien Moral, que aun cuando no se “tematice” en cuanto tal, no obstante constituye la condición de posibilidad de cada decisión en particular: sólo es posible optar moralmente por un determinado curso de acción cuando la elección “se abre” al Bien como horizonte último

54. FINNIS, J., “Commensuration and Public Reason”, en CHANG, R. (ed.), *Incommensurability, Incompatibility, and Practical Reason*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1997, pp. 218 y ss.

55. FINNIS, J., cit., p. 219.

de realización. Por el contrario, cuando uno se propone “producir” algo, la acción humana que es necesario llevar a cabo (técnica) se completa y termina con la producción de la cosa u objeto mediante el despliegue de las habilidades, estrategias y cálculos necesarios a tal fin. El acto técnico no compromete la existencia en cuanto tal –a menos que al mismo tiempo sea un acto moral– como se deja ver por el simple hecho de que la “cosa producida” se juzga por parámetros que no son morales, y que el técnico no necesita ser un “hombre moralmente bueno” para producir objetos técnicos “bien” acabados. En definitiva, y tal como Aristóteles distinguió, el “bien” se dice de varias maneras: el bien “honesto” (objeto de la acción moral), el bien “útil” (objeto de la acción técnica) y el bien “deleitante” (objeto de la sensibilidad).

En el ejemplo dado por el propio Posner al explicar su principio de justicia se muestra, a nuestro entender, la irreductibilidad de ambos dominios y la inaplicabilidad de la “racionalidad” propia de la *póiesis* a la *praxis*. Con ello se muestra también que el principio de justicia y la “teoría moral” desarrollada a partir del mismo puede funcionar perfectamente en el dominio de la técnica, pero su aplicación al ámbito moral constituye una extrapolación injustificable que termina transformando el ámbito propio de la acción moral en una mera técnica. Que el esclavo no “valore” más su derecho a la libertad de lo que el amo “valora” más su derecho a la propiedad humana –y aun suponiendo que el esclavo dispone de los medios necesarios para hacerse del dinero suficiente para comprar su libertad– no autoriza a decir que en este caso es justo reconocer que el derecho a la propiedad humana sea más valioso que el derecho a la libertad, porque sus titulares así lo “revelan” con su conducta económica. Allí está precisamente el error. En muchos aspectos la ley es una cierta “técnica” y el razonamiento legal debe ser técnico, en la medida en que se pretende alcanzar con ellos un fin determinado para cuyo logro es necesario aplicar las cuatro pautas mencionadas por Finnis. Pero en la medida en que la ley es expresión de un proyecto de vida, no ya de un individuo, sino de toda una comunidad, no se puede reducir su naturaleza al carácter de “medio para alcanzar un fin” –como el AED termina haciendo–. La ley no solamente es expresión del proyecto de vida de un pueblo, es también una norma o directiva para la acción. Pero esta dimensión de la ley y del Derecho en general es algo que Posner no está dispuesto a admitir, en la medida en que entiende que la ley es simplemente expresión de una racionalidad meramente técnica, y la justicia el medio útil para alcanzar el objetivo de la eficiencia.

c) Finalmente, la teoría moral de Posner contradice flagrantemente lo que él mismo denomina “nuestras intuiciones morales fundamentales”, estableciendo preceptos francamente contrarios a “las intuiciones morales” ampliamente compartidas y aceptadas por nuestra sociedad occidental, como veremos a través de dos breves ejemplos elaborados por el mismo Autor.

El primer ejemplo es el caso de “Jim y el prisionero”⁵⁶. Jim es el huésped de un tirano que gobierna un país subdesarrollado y que está a punto de fusilar a un grupo de presos políticos. Este militar le ofrece a su huésped la posibilidad de ejecutar a un preso, a cambio de que si accede, él liberará al resto de los condenados. Un “kantiano” convencido, que para Posner no es más que “*un fanático moral*”⁵⁷, no aceptará la propuesta por no encontrarse “obligado moralmente a ejecutarlo”, puesto que una cosa es hacer el mal y otra cosa es fallar en la prevención del mal. Pero desde la teoría moral basada en la maximización de la riqueza, Jim debe elegir un prisionero y ejecutarlo. De no hacerlo, dicho prisionero igual morirá junto con el resto, pero si decide ejecutarlo, habrá salvado a varios seres humanos de morir, lo que constituye sin duda la solución más eficiente.

El otro ejemplo es todavía más brutal. Supóngase el caso de un maquinista vial que sin culpa de su parte pierde el control de la máquina, y en una carrera descontrolada cuesta abajo del camino debe optar por aplastar cien ejemplares de ganado bovino ganadores de una exposición rural, o un simple niño⁵⁸. Con cínica honestidad, Posner confiesa que lo justo, conforme al principio de la riqueza, es el sacrificio del niño:

“¿... debe acaso el economista considerar al conductor un buen hombre, o al menos no un hombre malo, cuando decide sacrificar al niño? Mi respuesta es sí, y la misma respuesta es dada todo el tiempo en nuestra sociedad y en cualquier otra. Las actividades peligrosas regularmente se permiten sobre la base de juzgar que los costos de evitar el peligro exceden los costos de las víctimas. *Solamente el fanático rehúsa intercambiar vidas por propiedad*, aunque la dificultad de mensurar el valor de una vida es una razón legítima para pesarla gravemente en la balanza cuando en el otro platillo se encuentran solamente valores de propiedad...”⁵⁹

56. El ejemplo, citado por el Autor, pertenece a WILLIAMS, B., “A Critique of Utilitarianism”, en SMART, J.J. y WILLIAMS, B., *Utilitarianism For and Against*, 1967, p. 98.

57. POSNER, R., “Utilitarianism...”, 1979, p. 117.

58. El ejemplo, también citado por el Autor, está tomado de SMART, J.J., “An Outline of a System of Utilitarian Ethics”, en SMART, J.J. y WILLIAMS, B., *Utilitarianism For and Against*, 1967, p. 16. He modificado ligeramente detalles circunstanciales para hacerlo más entendible.

59. POSNER, R., “Utilitarianism...”, 1979, p. 133 (el subrayado es nuestro).

En ambos ejemplos advertimos un desprecio por la vida humana que contradice abiertamente el “sentido moral” de la humanidad, a juzgar por el carácter universal que el respeto por la vida humana afortunadamente ha alcanzado en nuestros días. Basta echar una mirada a las Declaraciones Internacionales sobre Derechos Humanos emanadas de diversos foros internacionales (O.N.U., O.E.A., Unión Europea, etc.) para convencernos del carácter “sagrado” y absoluto con que la comunidad internacional valora la dignidad humana. Cien millones de vidas no pueden compararse a una sola vida: son simplemente inconmensurables. El argumento de que no obstante nuestra comunidad, a pesar de tales declaraciones, tolera y permite un sinnúmero de actividades que continuamente ponen en peligro y amenazan no sólo la vida humana, sino la vida misma en el planeta, es falaz por ambigüedad, ya que lado a lado con las leyes que permiten dichas actividades riesgosas se dan numerosas reglamentaciones que intentan evitar hasta donde sea posible el daño. Tómese el derecho de tránsito para seguir con el mismo ejemplo de Posner. Si bien la ley permite que circulen automóviles, máquinas viales y todo tipo de vehículos por las calles de nuestras ciudades, las reglamentaciones referidas al modo de circulación, al estado de los vehículos, al cuidado en el manejo y tantos otros aspectos son tan numerosas y precisas que solamente un necio podría pensar que en nuestra sociedad se valora más la riqueza social producto del tránsito que la vida humana.

Si una teoría moral debe rechazarse en el caso de establecer preceptos francamente contrarios a “las intuiciones morales” ampliamente compar-tidas y aceptadas por nuestra sociedad, al decir de Posner, juzgue el lector qué debe hacerse con la teoría de Posner y el AED, en tanto teoría moral.

Resumen: *Nuestro propósito en el presente trabajo es analizar la teoría de la justicia elaborada por el juez estadounidense Richard Posner, uno de los máximos exponentes de la escuela del Análisis Económico del Derecho. Dicha teoría es presentada en contraposición a la teoría moral conocida como utilitarismo –cuya formulación canónica corresponde a Jeremy Bentham y John Stuart Mill–, ante todo para mostrar por qué el Análisis Económico del Derecho no puede considerar la igualdad o equidad como una nota fundamental y propia de la justicia.*

El trabajo está compuesto de dos partes. Primera: el estudio de las bases filosóficas de las que parte Richard Posner para desalentar cualquier política "redistributiva". Se analizan aquí las líneas fundamentales de su "teoría de la justicia", su contenido y formalización, teniendo en cuenta los elementos que, según el autor, una auténtica teoría moral debe poseer. Segunda: se realiza un balance crítico de la teoría moral que entraña la "maximización de la riqueza" a la luz de ciertos resultados contradictorios a los que arriba Posner.

Palabras clave: Análisis Económico del Derecho, Utilitarismo, Justicia, Eficiencia, Richard Posner.

Abstract: *This paper analyses the theory of justice as illustrated by Richard Posner, one of the most important intellectual leaders and exponents of the Law and Economics Movement, also known as Economic Analysis of Law. This theory, introduced by Posner as distinct from the classical Utilitarianism of Bentham and Stuart Mill, does not consider either equality or equity as the central dimensions of justice.*

In the first part of this paper, the philosophical foundations of Posner's Theory are discussed, following the unconventional manner in which Posner tries to illustrate that the Economic Analysis of Law functions as a "Moral Theory". In the second part, some further contributions are made to the criticism of the contradictions lying in the Economic Analysis of Law as "Moral Theory"

Key Words: Economic Analysis of Law, Utilitarianism, Justice, Efficiency, Richard Posner.