

LAS DESVENTURAS DE LA MAXIMIZACIÓN DE LA RIQUEZA SOCIAL

Por Eduardo Stordeur (h)*

Introducción

La economía puede ser utilizada en derecho a varios fines, tanto positivos como normativos. Puede emplearse teoría económica, en el primer sentido, bien para explicar el sistema legal o alguna institución tanto como para anticipar sus probables efectos. Podría ser de interés para el analista legal, por ejemplo, contar con una explicación del modo en el cual determinada regla distribuye costos o riesgos o bien establecer las posibles consecuencias derivadas de su aplicación. De hecho la

*El autor es Profesor de Derecho y Economía e Investigador en ESEADE. Director del Seminario de Derecho y Economía de la Fundación Hayek, es además profesor en el Master de Derecho y Economía y en la Especialización en Sociología de la Universidad de Buenos Aires.

economía puede utilizarse no sólo para verificar la “eficiencia” de determinadas instituciones sino también otros resultados o propiedades normativas que el analista estime eventualmente valiosos, como cierta concepción de la igualdad o hasta el conocido principio de diferencia.

A nivel normativo, la economía admite también muchos usos. A un primer nivel, menos polémico, que siguiendo a Posner podemos denominar “normatividad débil”, es posible apelar a teoría económica para sugerir cambios al sistema legal en la idea de que la eficiencia constituye al menos *algún valor*, probablemente como medio para otros fines valiosos, aun cuando no necesariamente constituye el valor excluyente sobre el cual se deben tomar las decisiones sociales y jurídicas. Se asume –puesto en otros términos- que mientras desde la economía se pueden recomendar cambios, la valoración final de su adopción queda en el ámbito de la filosofía moral o alguna otra disciplina propiamente normativa. Está, creo, es la forma más usual en la cual se emplea economía normativa en ámbitos jurídicos, y en tanto su limitado alcance normativo, el empleo de la misma no debería resultar –a este nivel- demasiado controversial.

Pero hay otra forma bastante más ambiciosa de utilizar economía en el ámbito normativo que bien podemos llamar “normatividad fuerte”: aquella por la cual se sugiere que algún criterio de eficiencia o noción de bienestar asociado al análisis económico constituye el fundamento del sistema legal y por lo tanto la base racional sobre la cual –de modo excluyente- deben adjudicarse derechos. Claramente, en este caso, la economía abandona su calidad de herramienta auxiliar, para in-

gresar en el complejo y controvertido ámbito de la filosofía social.

En este trabajo me interesa examinar críticamente y reconstruir los elementos centrales de la polémica en torno al uso en “sentido normativo fuerte” de la “maximización de la riqueza social” (en adelante MRS), un extendido enfoque normativo en economía aplicada al derecho. De modo más preciso, reconstruyendo y agregando algunos argumentos a la polémica mencionada, quiero mostrar las conclusiones que enuncio a continuación.

Inicialmente, que la eficiencia en esta versión no constituye un fin en sí mismo, y que por lo tanto la “riqueza social” no es un criterio plausible como fundamento del derecho. Aun cuando esto ha sido –sustancialmente- argumentado por Dworkin en un conocido artículo, voy a sugerir que hay mejores argumentos para arribar a la misma conclusión, en particular apelando a teoría de los precios, el marco teórico más general sobre el cual se funda esta propuesta normativa.

Luego voy a sugerir que la “eficiencia” en la versión de la “riqueza social”, tampoco puede validamente considerarse un “componente de valor social” capaz de establecer una noción siquiera plausible de “justicia”, puesto que para ello debería (a) consistir un “valor por sí mismo” o (b) “un buen conducto para otros valores”, y creo que fracasa en las dos direcciones.

En lo que sigue, quiero mostrar –también siguiendo la polémica a la que hice mención- los problemas que se siguen de suponer a la riqueza como un valor instrumental -en “sentido fuerte” que voy a precisar- respecto de otros valores. Voy a sugerir que suponer que

la “eficiencia” tiene valor instrumental respecto de “otros valores” enfrenta muchos problemas y que apelear a dos potenciales y atractivos candidatos como la mayor utilidad y una noción fuerte de derechos individuales en sentido liberal clásico, también presenta muchas dificultades.

De ese modo quiero argumentar que –como ha señalado fundamentalmente Coleman- la “maximización de la riqueza social” siquiera constituye un buen conducto de utilidad, argumento que creo –en otra versión- sería quizás la mejor defensa posible para la eficiencia.

También, en igual sentido, voy a sugerir que la eficiencia en esta versión no constituye un valor instrumental a una adecuada defensa de los derechos de propiedad en sentido liberal clásico. Si bien esto ha sido sugerido (en el contexto del debate) por algunos autores, quiero sugerir que hay adicionales inconsistencias entre una defensa fuerte de los derechos de propiedad y la regla de la “mayor riqueza”, algunas de las cuales no han sido –creo- adecuadamente advertidas y desarrolladas. En particular voy a sugerir que las reglas de asignación de derechos son simplemente incompatibles.

Finalmente, en tanto este argumento fue intentado por Posner y la actualidad que tiene en filosofía política esta manera de argumentar, voy a concluir –siguiendo en buena parte los argumentos de Dworkin y Coleman- que tampoco el contractualismo es una buena salida para la “maximización” de la riqueza social.

Creo que del análisis de estas alternativas, posibles defensas del principio se sigue claramente la poca plausibilidad de la aplicación de la “maximización de la riqueza social”, al menos en sentido normativo “fuerte”, en el ámbito del derecho. Antes, sin embargo, voy a

presentar en una versión muy simple la regla de la “maximización de la riqueza social”.

I- El antecedente: el teorema de Coase.

El Análisis Económico del Derecho normativo en la versión que examinamos (ciertamente no la única) puede resumirse en la idea de que el derecho es y fundamentalmente debería ser un sistema de reglas que tiene como finalidad maximizar la riqueza social, medida en términos de lo que la gente está dispuesta a pagar en dinero (*willingness to pay*) para obtener o mantener determinado recurso. Los derechos, aun cuando conceptualmente necesarios, son instrumentales a la maximización de la riqueza social y en relación al uso y disposición de recursos escasos los que, para cumplir con el ideal de la eficiencia, *deben* quedar en manos de quienes son más eficientes o de quienes más lo valoran, medidos en términos monetarios.

En otros términos, para esta versión del enfoque económico del derecho normativo, se cumple con el ideal cuando los recursos están distribuidos de modo tal que cada recurso está en manos de quien puede hacer un uso más eficiente del mismo, medido en lo que la gente está dispuesta a pagar por el recurso en dinero. Las reglas del derecho en su totalidad deben adecuarse a este mandato, en tanto un conjunto de normas tendientes a minimizar el costo de la actividad humana en general.

El fundamento teórico básico del Análisis Económico del Derecho en general, pero normativo en particular, surge del Teorema de Coase. Quien parte por considerar al mundo sin costos de transacción y derechos de propiedad bien definidos y postula que en esas condiciones que la asignación inicial de los derechos no

tiene incidencia alguna en la asignación final, siempre la misma y eficiente, de los recursos. En otros términos, es irrelevante para el sistema económico quien tiene derecho a que, siempre que sea gratuito para las partes negociar transferencias de derechos y éstos estén claramente definidos. Si no hay costos de transacción y usted valora el derecho “X” más que su vecino, entonces, siempre –con independencia de quien sea su propietario inicial- el recurso terminará en las manos de quien más lo valora (es decir en las suyas). Si inicialmente el derecho “X” se asigna a su persona, esa asignación es la más eficiente: usted tiene el derecho y es quien más lo valora. Si por el contrario el derecho es asignado inicialmente a su vecino, conviene a ambas partes (hay un “excedente de la contratación”) que él mismo sea transferido a sus propias manos. Como en el caso anterior (sólo que con evidentes efectos distributivos) el derecho termina en iguales y eficientes manos.

De modo que no importa la asignación inicial de recursos, sin costos de transacción, la situación o asignación final de los recursos será siempre igual y eficiente. Pero con independencia de si efectivamente el teorema es válido para todas las condiciones (y no lo es), lo cierto es que en el mundo real los costos de transacción nunca son nulos. Para transferir un derecho (“usar el mercado”), debo incurrir en costos tales como identificar a la parte, formalizar un convenio, fiscalizarlo y –entre otros- eventualmente ejecutarlo. Por esa razón –simplificando mucho el asunto- el modo en el cual se asignen los derechos de propiedad adquiere relevancia para la eficiencia.

Si la finalidad del derecho es la eficiencia la conclusión lógica que se sigue –y sobre la cual se funda la

“maximización de la riqueza social”- es que deben asignarse los derechos allí donde éstos pueden ser utilizados en forma más eficiente. O puesto en otros términos, deben asignarse los derechos simulando al mercado en las condiciones ideales establecidos por el Teorema de Coase, es decir asumiendo costos de transacción nulos.

El Análisis Económico del Derecho en sentido normativo, entonces, en buena medida se va a orientar casi invariablemente a la búsqueda de esa situación originaria donde no hay costes de transacción. Así, en la solución práctica de los problemas que usualmente invaden los despachos de los jueces y de los abogados, la regla de la “maximización de la riqueza social” pide simular al mercado sin costos de transacción y asignar el derecho de modo eficiente como si lo hubieran hecho las partes en las idealizadas condiciones del teorema. En el ejemplo, si en condiciones del “mundo real” -costos de transacción positivos- debemos asignar el derecho X, el Juez debería asignarlo a la parte que lo habría adquirido en las condiciones ideales del teorema: es decir, a usted.

La idea es que los costes de transacción son la causa real del derecho y el elemento fundamental que lo explica. Sin costes de transacción, por ejemplo, no tendrían sentido el derecho de daños en tanto las partes podrían negociar anticipadamente con todos los agentes capaces de producir daños las respectivas indemnizaciones. Igualmente, no habría problemas de definición y litigio en materia de derecho de propiedad puesto que las partes, por su mutuo beneficio, llegarían a un acuerdo eficiente para ambas.

Quizás un ejemplo ayude a comprender esta versión en extremo simplificada del teorema. Demsetz, por ejemplo, considera los problemas de derechos de propiedad asociados a la introducción de equipos de aire acondicionado que emiten ruidos. ¿Deben esos ruidos ser permitidos? Si los propietarios que operan los equipos comprarían los derechos para hacer ruido (a los propietarios de las casas sobre las cuales recaen los costos externos), sugiere entonces, los costos de transacción deberían ser reducidos asignando directamente el derecho a los vecinos de introducir equipos de aire aun cuando esto aumenta los ruidos que deben soportar ahora el resto de los vecinos. Si el derecho se otorga a los propietarios de las casas, claramente, éstos pueden vender el derecho (al silencio) a los propietarios que quieren instalar equipos, pero —señala este autor— la primera asignación es más eficiente en tanto minimiza los costos de las transacciones.

Sin embargo, y con independencia del extendido uso del teorema de Coase en el sentido normativo indicado, quien de manera más explícita ha intentado defender la aplicación de Kaldor Hicks en sentido “fuerte” en el ámbito judicial es el Juez y Profesor Richard Posner con su principio de la “maximización de la riqueza social”. En cierto modo “la maximización de la riqueza social” podría ser considerada como la tentativa de dotar de mayor carga normativa y justificar este extendido uso (pero no excluyente ni único) de la economía en sentido normativo en el derecho. Conviene, por lo tanto, explicitar de manera precisa los argumentos de Posner.

2.- El principio de la maximización de la riqueza social

Si durante la década de los setenta uno de los programas fundamentales del Análisis Económico del Derecho, fundamentalmente con la publicación de *Economic Analysis of Law* de Posner, fue demostrar que el derecho podía ser validamente interpretado como un sistema orientado al menos en sus partes fundamentales a la maximización de la riqueza social, pronto, la propuesta fue modificada a los fines de sugerir algo mucho más complejo: que el derecho *debía* ser diseñado con la finalidad de maximizar la riqueza social.

De hecho, fue Posner quien en su momento –hoy adopta un especie de pragmatismo donde la riqueza no es el único valor– defendió con mayor énfasis la extendida versión normativa del Análisis Económico del Derecho sugerida por Coase, tesis que avanzó en una serie de propuestas y defensas que han despertado alta polémica y que voy a examinar en sus aspectos esenciales.¹

1 El primer trabajo fundamental de Richard A. Posner respecto de los fundamentos morales de la MRS es “Utilitarianism, Economics, and Legal Theory” en *8 Journal of Legal Studies* 103, 1979, luego reproducido, con ligeros cambios en *The Economics of Justice*, Harvard University Press, 1981 y que cuenta con una traducción al castellano en *69 Estudios Públicos* 207, Centro de Estudios Públicos, Chile, 1998. A este le sigue, “The Ethical and Political Basis of Wealth Maximization” en *8 Hofstra Law Review*, 1980, reproducido, también con modificaciones en *The Economics of Justice*. Para una crítica a este trabajo, véase el número 8 de *Hofstra Law Review* de 1980, en particular, Jules L. Coleman, “Effi-

Una defensa razonable (aunque con problemas) de la “maximización de la riqueza social” hubiese sido asociarla con el utilitarismo –asumiendo que esa concepción de riqueza es un buen conducto o “falso blanco” de utilidad- sugirió que la “maximización de la riqueza social” tenía propias credenciales para proporcionar un principio normativo al derecho.

En tanto la gran variedad de matices que presentan las sucesivas posiciones de Posner –quien hoy adopta

ciency, Utility and Wealth Maximization”, Ronald Dworkin, “Why Efficiency”, Lewis A. Kornhauser, “A Guide to the Perplexed Claims of Efficiency in the Law”, Mario J. Rizzo, The Mirage of Efficiency”, Lawrence G. Sager, “Pareto Superiority, Consent, and Justice”, entre otros. Es fundamental en el debate, también, “Is Wealth a Value?” de Ronald Dworkin, 9 *Journal of Legal Studies* 191, 1980, Antony Kronman, “Wealth Maximization as a Normative Principle”, 9 *Journal of Legal Studies* 227, 1979 y el trabajo de Weinrib, “Utilitarianism, Economics and Legal Theory”, 30 *U. de Toronto Legal Journal* 307, 1980. Para una respuesta de Posner, véase, “A Reply to Some Recent Criticisms of the Economic Theory of the Common Law”, 9 *Hofstra Law Review* 775, 1981 y “Wealth Maximization Revisited”, 2 *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy* 85, 1985. Tienen también importancia, siempre respecto del período que estamos considerando, el muy conocido trabajo de Cento G. Veljanovski, “Wealth Maximización, Law and Ethics”, 1 *International Review of Law & Economics* 5, 1981 y, aunque más generales, las muy conocidas críticas de Arthur Allen Leff, “Some Realism about Nominalism”, 60 *Va. Law Review* 451, 1974, la de James Boyd White, “Economics and the Law: Two Cultures in Tension”, 54 *Tenn. Law Review* 161, 1987 y la muy conocida de Robert C. Ellickson, “Bringing Culture and Human Frailty to Rational Choice Actors: A Critique of Classical Law and Economic”, 65 *Chicago- Kent Law Review* 23, 1989. Hay otro “momento” posterior muy importante en el debate que dejamos para su oportunidad; refiero a la polémica en torno al trabajo de Kaplow y Shavell.

una especie de pragmatismo² - me voy a limitar, funda-

² En varios de sus libros Richard Posner señala la relación del Análisis Económico del Derecho con la reacción antiformalista de la jurisprudencia americana, que encuentra su expresión inicialmente en Holmes y luego en el Juez Cardozo. El paradigma dominante durante el siglo XIX en Estados Unidos fue el desarrollado, fundamentalmente, por el decano de la Universidad de Harvard, Christopher Columbus Langdell quien, a fines de encontrar cierta unidad doctrinal en el case law sentó las bases para un creciente reduccionismo en el derecho, en la idea de que la tarea de los juristas era encontrar aquellos principios perennes en el derecho, aquellos que se encontraban subyacentes a los fallos judiciales y que podían permitir comprender la jurisprudencia americana, tarea para la cual el derecho era autosuficiente. Se trataba, en suma, de descubrir la doctrina correcta en los antecedentes y de ese modo interpretar unificadamente el derecho. Sin embargo, frente a la posición formalista en derecho pronto vendría el desarrollo de la escuela pragmática, para la cual el derecho no está en principios dogmáticos perennes contenidos en los fallos, sino en la realidad social. El derecho no es tanto un problema de lógica como un problema experiencia. Expresa la moral prevaleciente, las necesidades sentidas de una época, las teorías políticas, y otros elementos que impactan en el sistema legal, siendo tarea del abogado predecir y comprender el comportamiento de los Tribunales frente a estos cambios de la realidad más que la identificación de principios contenidos en los fallos. Si el derecho es una institución social que se conforma de la realidad social, entonces, no sólo el análisis lógico sino además el examen de la realidad social –que nos permiten las ciencias sociales- cobra importancia fundamental para su estudio. Todo esto constituye un antecedente importante para el enfoque económico del derecho. En cualquier caso, Posner ha abandonado parcialmente el principio de la MRS para adoptar una posición pragmática donde la riqueza constituye tan solo algunos de los elementos a tener en cuenta en el ámbito del derecho. Véase, Richard A. Posner, en *The Problems of Jurisprudence*, donde con frecuencia señala la relación entre el AED y la tradición pragmática. p. 14- 25, etc. También en *Overcoming Law*, Harvard University Press, 1995 y *The Problematics of Moral and Legal Theory*,

mentalmente, al examen de las propuestas normativas más importantes, aquellas más sistemáticas y que con sus ventajas y desventajas representan las defensas más serias, explícitas y sistemáticas de la “maximización de la riqueza social” en la idea de que, además, el examen de esta polémica puede arrojar alguna luz sobre las posibilidades normativas de la eficiencia en general, al menos en el ámbito del derecho.

3.- El Juez Posner y la riqueza social.

En “Utilitarianism, Economics and Legal Theory” Posner intenta su primera defensa moral del principio de la “maximización de la riqueza social” en términos sumamente ambiciosos: la misma constituye –afirma– un principio moral del cual es posible derivar los aspectos centrales de una teoría del derecho y además instrumental a la conformación de buena parte de los valores fundamentales de la sociedad que permiten la acumulación de riqueza. Aquellos “valores protestantes” asociados desde el clásico de Max Weber al nacimiento y desarrollo del capitalismo. La maximización de la riqueza social, además, siempre para Posner, saca partida de las más fundamentales virtudes del utilitarismo y de las – por él denominadas- “teorías kantianas” evitando buena parte de sus problemas y excesos respectivos.³ La ri-

también editado por Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1999. En éste último libro despliega un feroz ataque contra la filosofía moral.

³ Véase, Posner, “Utilitarianism..”, en la versión revisada de *The Economics of Justice*, op.cit. p. 66. De hecho voy a referir de aquí

queza social, afirma, es meritocrática en la asignación (se lleva más el que más produce) y obliga a tener en cuenta el bienestar y preferencias de los demás para progresar. Después de todo -y en esto, está en lo cierto- en el mercado sólo se puede obtener beneficios satisfaciendo las necesidades relativas de los demás, expresadas en la demanda de bienes y servicios.

Posner cree que las críticas más frecuente al Análisis Económico del Derecho se basan en una común y extendida confusión: equiparar economía con utilitarismo y adjudicar a la primera los conocidos problemas del segundo. Si bien el utilitarismo constituye una vasta tradición de filosofía moral y política que data por lo menos de manera sistemática a los primeros y muy conocidos trabajos de Bentham y ciertamente ocupa un lugar de importancia en la filosofía política y legal anglosajona, en las últimas décadas ha sido víctima de tantos ataques que Hart le ha considerado como una posición “a la defensiva”.⁴ De hecho no es menor la incidencia de la crítica de paradigmáticos autores como Rawls y Nozick y que –según Posner- es rechazada por la mayoría de los teóricos del derecho.⁵ Y es quizás en atención a estos antecedentes que probablemente Pos-

en más a este libro en tanto incluye versiones revisadas de trabajos publicados con anterioridad.

⁴ Conf. Posner, *The Economics of Justice*, p. 51. H. L. A Hart, “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream”, 11 *Ga. L. Review* 969, 986, 1977.

⁵ Conf. Posner, *The Economics of Justice*, op.cit. p. 51. John Rawls en su monumental *A Theory of Justice*, 1971 y Robert Nozick en su también monumental, *Anarchy, State and Utopia*, 1974, ambos paradigmas de la filosofía política contemporánea, cuestionan seriamente el enfoque utilitarista.

ner prefirió diferenciar la “maximización de la riqueza social” de la “mayor felicidad para el mayor número” (incurriendo, creo, en un error).

Claramente, si la defensa de Posner se funda en una muy supuesta confusión entre la “maximización de la riqueza social” y utilitarismo convencional, queda evidente que la distinción y comparación entre ambos enfoques debe ocupar un lugar de importancia en la defensa del principio.⁶ Para Posner, de hecho, las diferencias con el utilitarismo son profundas y no de matices. Distingue la riqueza de la utilidad, paso previo fundamental para distinguir correctamente la “maximización de la riqueza social”, del utilitarismo en su versión más clásica.

El valor que integra la “maximización de la riqueza social” -dice- es el “valor en cambio”, aquel que tiene expresión en el mercado, sea en forma explícita o implícita, y del que deriva la idea de riqueza social: la suma de los bienes y servicios valorados o pesados por su valor.⁷ Valor no en el sentido de simple utilidad sino en un sentido algo más estrecho, valor fundado en aquello que la gente esta dispuesta a pagar (*willingness*

⁶ Acusa a Richard Epstein y a Hart de confundir economía con utilitarismo, aún cuando reconoce que él mismo no tenía, antes (de la publicación de este trabajo) muy “clara la diferencia”. Posner, “Utilitarianism, “, en *The Economics of Justice*, op.cit. p. 48 y ss. Refiere al artículo de Richard Epstein, book review, “The Next Generation of Legal Scholarship?” 30 *Stanford Law Review* 635, 645, n.35, 1978. En cuanto a Hart, refiere al artículo que citado en la nota anterior.

⁷ Posner, “Utilitarianism, “, en *The Economics of Justice*, op. cit. p. 49 –50.

to pay) sea efectivamente o en mercados hipotéticos para hacerse de un bien o conservar el mismo.

El valor, en la concepción que maneja Posner, es una especie de utilidad, aquella que fundada en demanda efectiva o hipotética de dinero de modo que mientras el valor siempre supone, de algún modo, utilidad, no ocurre lo mismo a la inversa. Sin embargo, como luego vamos a ver, esta diferenciación de la riqueza con la utilidad es quizás uno de los mayores problemas del principio de la “maximización de la riqueza social”.

La riqueza de la sociedad, resulta así, del agregado de los valores individuales o preferencias sostenidas en demanda monetaria, sea actual o hipotética. Aun cuando no explica las razones por las cuales deberíamos resolver los casos con la finalidad de maximizar la riqueza, deja en claro las reminiscencias coasenas:

(.....) Another type of non explicit market, the hypothetical market, is also important in analyzing the wealth of society. Compare two situations. In one, I offer you \$ 5 for a bag of oranges, you accept, and the exchange is consummated. The wealth of the society must now be greater. Before the transaction, you had a bag of oranges worth less than \$ 5 to you and I had \$ 5; after the transaction you have \$ 5 and I have a bag of oranges worth more than \$ 5 to me. However, suppose that instead of buying the oranges from you, I accidentally smash them. A court applying the Learned Hand formula of negligence liability would ask whether the expected cost to you of the accident was greater or less than the expected gain to me of whatever activity produced the ac-

cident as a by product. To answer, the court would have to make a judgment as to how much those oranges were worth to you, how much walking fast was worth to me, and so on.⁸

Queda evidente, en este último párrafo, la fuerte influencia del Coase en el análisis de Posner: hay que asignar el derecho allí donde es más eficiente, en tanto en el mundo real hay costos de transacción positivos. Cuando los costos de transacción son bajos, los arreglos privados son la solución eficiente, cuando son altos, alguna regla o alguna intervención, sería conveniente desde la eficiencia.⁹

Queda claro, entonces, que tanto la eficiencia, como utilidad y felicidad son conceptos diferentes, nos dice Posner, diferencias que son fundamentales para distinguir su concepción de la riqueza de la utilidad. Cuando se maximiza la riqueza se maximiza necesariamente la utilidad pero –dice– la relación no opera a la inversa: un hombre pobre que roba un reloj o una joya puede valorar más el mismo que su dueño, pero en ningún caso maximiza la riqueza, en tanto sólo cuentan las prefe-

⁸ Posner, *op.cit.* p. 52.

⁹ Sin embargo, en Coase no queda claro que aún en casos donde hay altos costos de transacción la intervención del estado sea conveniente o necesaria. Todo depende de la comparación entre los costos alternativos de las soluciones de mercado y otras institucionales y la ingerencia del Estado. De hecho hay fuertes afirmaciones de Coase en el sentido de que la sola presencia de externalidades no justifica la ingerencia gubernamental y hay motivos suficientes para suponer lo mismo respecto de los costos de transacción.

rencias fundadas en dinero, es decir en demanda efectiva o hipotética por el bien.

Muchas decisiones eficientes no favorecen, necesariamente la felicidad, aunque si aumentan la utilidad. Por otra parte –señala nuestro autor- muchos actos que maximizan la felicidad y hasta la utilidad no necesariamente maximizan la riqueza. La regla de la “maximización de la riqueza social” es, de hecho, más limitada que la regla de la felicidad o la utilidad, más limitada que la regla del utilitarismo y (creo) quizás por eso, al menos en la formulación de Posner, más problemática.

Señala:

“But while value necessarily implies utility, utility does not necessarily imply value. The individual who would like very much to have some good but is unwilling or unable to pay anything for it (...) does not value the good in the sense in which I am using the term value”. (...). Equivalently, the wealth of society is the aggregate satisfaction of those preferences (the only one that have ethical weight in a system of wealth maximization) that are backed up by money that is registered in a market.¹⁰

Es evidente que la riqueza social sólo computa aquellas preferencias que están sustentadas en dinero, lo cual –

¹⁰ Richard A. Posner, “Utilitarianism, Economics, and Social Theory”, en *The Economics of Justice*, Harvard University Press, 1981, p. 61. Para una primera versión de este trabajo, 8 *Journal of Legal Studies*, 1979. Trabajo fundamentalmente con la segunda y última de las versiones en tanto contiene correcciones que no están incluidas en la primera edición.

como vamos a ver luego- tiene sus problemas. La eficiencia es en efecto, para Posner, un concepto muy diferente de la utilidad:

As another example of why wealth maximization is not just a proxy for utility maximization in the sense of classical utilitarianism, consider a poor man who decides to steal a diamond necklace for his wife. The necklace has a market value of \$ 10.000, which also, let us assume its subjective value to the owner. That is, the owner would be willing to sell it for any price above \$ 10.000. The optimum fine for this theft (based on the value of the necklace, the probability of apprehending and convicting the thief, the cost of the criminal justice system, the cost of self protection, and so on) is, let us say, \$ 25.000; for the indigent thief, a term of imprisonment has been set that equals the disutility of a \$ 25.000 fine to a thief who could pay it. In this circumstance, we can be reasonably confident that if our poor man goes to ahead and commits the theft, the total happiness of society will rise, even he can not pay the fine. The thief must obtain greater utility than the disutility he imposes on society (...). But the thief does not increase the wealth of society because it is the outcome of neither a voluntary nor a hypothetical –market transaction.¹¹

Si riqueza es algo diferente a utilidad y felicidad, entonces, la “maximización de la riqueza social”, nos dice

¹¹ Id. Idem. p. 63.

Posner, no sólo es diferente al utilitarismo, sino además superior, en tanto ofrece soluciones a los muy clásicos problemas de la regla de “la mayor felicidad para el mayor número”, conforme la desafortunada frase adjudicada a Bentham. Y se propone demostrar el modo en el cual su concepción de la eficiencia supera algunos de los más destacados problemas del utilitarismo.

4.- Posner sobre la “Maximización de la riqueza social” y el utilitarismo.

Si el utilitarismo tiene problemas para identificar la clase de preferencias o el tipo de felicidad que hay que maximizar, no sucede lo mismo con la MRS, dice Posner, donde sólo las preferencias sustentadas en dinero son las que cuentan. Aspecto que no sólo afecta el tipo de preferencias (informadas, no informadas, de todo tipo, externas, etc.), sino además plantea un problema de límites: quiénes cuentan y cómo cuentan. ¿Cuentan los extranjeros, los menores, los insanos, los animales, etc.? Son algunos de los problemas clásicos del utilitarismo. La MRS, en tanto cierra las preferencias al concepto de valor fundado en la demanda efectiva sustentada en dinero, presenta una solución práctica del que adolece la forma más común del cálculo de utilidad: sólo cuentan las preferencias sustentadas en dinero y aquellos que no sustentan sus preferencias de este modo integran el cálculo en tanto objeto de las preferencias de los demás.

Los animales, por ejemplo, sólo integran el cálculo en tanto objeto de la función de utilidad de quienes es-

tán en condiciones económicas y dispuestas a sustentar las mismas en dinero.¹² El caso de las generaciones futuras, por ejemplo, puede ser resuelto por medio de los propios incentivos que el mercado proporciona a fines de preservar los recursos escasos, en tanto el mercado anticipa este tipo de problemas por medio de los precios futuros y los incentivos que tiene el titular para perseguir mayores ganancias. ¿Si ya el utilitarismo implica suponer la cuestionable abstracción de que hay una *sociedad* o ente colectivo capaz de obtener mayor o menor satisfacción, por qué ahora deberíamos admitir algo tan extremo –aunque a la vez tan intuitivo a nuestro juicio moral cotidiano– como las preferencias futuras de quienes no han todavía nacido? La “maximización de la riqueza social” restringe el cálculo simplemente a quienes pueden demandar en el mercado, tanto en forma real como hipotética, dice Posner.¹³

Una solución similar opera en el caso del problema conocido como “monstruo utilitarista”: el utilitarismo

¹² En el mismo artículo señala que: “The boundary problem is the least serious. Animals count, but only insofar as they enhance wealth. The optimal population of sheep is determined not by speculation on their capacity of contentment relative to people, but by the intersection of the marginal product and the marginal cost of keeping sheep”. P. 76.

¹³ Y sin embargo, ¿qué sucede con los insanos y los menores, por ejemplo, quienes no pueden integrar demanda alguna, en principio. Son sujetos capaces de percibir utilidad, deberían computar respecto –al menos– de la definición de derechos fundamentales, pero no pueden demandar por instituciones siquiera en un mercado ideal sin costos de transacción. Claramente, cuentan en tanto las preferencias de quienes sí pueden integrar la demanda, pero eso suena algo poco problemático al menos para nuestras concepciones más comunes y aceptadas de la moral y el derecho.

cuenta a todas las preferencias, sin importar el contenido, de manera igual, ya que el único valor es la utilidad o felicidad, lo cual determina la inclusión en el cálculo de algunas preferencias moralmente difíciles de aceptar. En una versión quizás simple debemos equiparar en valor al sadismo con la filantropía. La “maximización de la riqueza social” obliga, por el contrario, al sádico a pagar por sus víctimas en tanto son los mecanismos contractuales y de mercado aquellos que (sólo) indicativamente favorece la riqueza (según nuestro autor).

Por otra parte, el problema del cálculo de utilidades, el conocido problema respecto de la determinación de la utilidad, felicidad o satisfacción de preferencias en el utilitarismo constituye –para Posner- un problema menor en el caso de la riqueza social donde el dinero actúa facilitando el cálculo. Después de todo, ¿Cómo demostrar un aumento total de la felicidad o del bienestar? No sucede lo mismo, afirma, en el caso de la MRS:

(...) the measurement problem that so plagues utilitarianism is easily solved if the domain of the wealth maximization criterion is restricted to actual markets that are free from serious problems of monopoly or externality. Any voluntary transaction that occurs in such a market must increase the wealth of the society. This proposition is not the Pareto principle (...), which is a principle of utility, but is an essentially tautologous principle of wealth maximization. Voluntariness is, however, too restrictive a condition, and once the domain of the wealth maximization criterion is expanded to include hypothetical markets, a problem of measurement arises. But it is a less serious

problem than that of measuring happiness. For example, the right of the physician who treats an unconscious accident victim to later claim his regular fee from the victim is founded on the reasonable assumption that if the victim could have negotiated with the physician for such service at such price he would have done so. It is easier to guess people's market preferences in areas where the market cannot be made to work than to guess what policies will maximize happiness.¹⁴

Si los problemas de “comparaciones interpersonales de utilidad” constituyen un obstáculo grave para el utilitarismo, considera Posner, tal cosa no sucede con la regla de la “maximización de la riqueza social”, aun cuando emerge moderadamente en los casos de mercados hipotéticos. Pero como vamos a ver –si bien creo esto es parcialmente cierto- la regla de la “maximización de la riqueza social” puede tener serios problemas de información, precisamente, en tanto los precios dependen de los derechos y en los casos donde precisamente necesitamos la regla no contamos muchas veces con derechos que actúen como precios testigos que nos permiten “simular” al mercado. De hecho - como vamos a ver luego- la regla de la “maximización de la riqueza social” constituye una aplicación del criterio de eficiencia

¹⁴ Richard Posner, “Utilitarianism..”. Ib. Idem. p. 79. Estoy utilizando esta versión en tanto es la revisada y más completa exposición y defensa del principio de la “maximización de la riqueza social”. Lewis Kornhauser no está muy convencido que efectivamente la MRS tenga tantas ventajas sobre el utilitarismo. “A Guide to the Perplexed Claims of Efficiency in the Law,” 8 *Hofstra Law Review*, 591, 1980.

de Kaldor Hicks y esta regla supone reintroducir el problema de las comparaciones interpersonales de utilidad. Después de todo, ¿Por qué un peso debe valer lo mismo para una persona que para otra?

Pero sigamos con Posner, si el utilitarismo presenta problemas de instrumentalismo, en tanto –se afirma– permite utilizar personas a favor de otras puesto que de ello podría seguirse mayor utilidad, permitiendo que algunos sean utilizados como medios para la mayor utilidad o felicidad de otros, la “maximización de la riqueza social”, para Posner, supone una defensa fuerte (aunque no fanática, señala) de los derechos individuales: si “A” quiere algo de “B”, la MRS requiere que “A” obtenga de “B” los derechos respecto de sus activos. Si “A” valora más el bien de “B” que “B”, entonces, una vez que opera un intercambio sabemos que la riqueza se ha incrementado. De hecho para Posner, como hemos visto, la riqueza social provee –a diferencia del utilitarismo– una sólida defensa de los derechos individuales, aun cuando no tan fanática como las “tradiciones kantianas”. El utilitarismo es cuestionado en tanto los individuos cuentan tan solo respecto de el aumento de la utilidad general y ciertamente no hay una “sociedad” capaz de percibir utilidad, por lo cual simplemente se utiliza al Sr. “A” a fines de otorgar mayor utilidad en la práctica al Sr. “B”. Razón por la cual, utilizando una conocida frase de Rawls, se cuestiona al utilitarismo en tanto no toma en serio a la individualidad de las personas.

La regla de la eficiencia, para Posner, ofrece de hecho una sólida (aunque no fanática como las teorías, por él denominadas “kantianas”) base para la defensa de los derechos individuales. Supongamos una persona

que vive en una casa que tiene una larga entrada privada para autos (tomo el ejemplo de Waldrom). Alguien podría por ejemplo obtener mayor utilidad simplemente estacionando su auto en la entrada privada y quizás –en una versión muy simple- un utilitarista debería aceptar tal solución como justa. Si el intruso puede obtener mayor utilidad del uso del bien que el propietario –al menos a nivel de la utilidad del acto- la utilidad total se incrementa si permitimos que haga uso del bien, en tanto el incremento de utilidad –por hipótesis- es mayor que la disminución de utilidad que sufre el propietario.

Supongamos ahora que detrás de la casa hay un hospital y que a la noche justo el camino a éste no está disponible. Un hombre puede morir en el caso de que la ambulancia simplemente no pase por la entrada de la casa del propietario. ¿Debería la ambulancia –frente a la emergencia e imposibilidad de pedir permiso o negociar con el propietario el paso por su propiedad- simplemente hacer uso de la propiedad ajena y salvar una vida a un costo insignificante para el propietario o abstenerse de hacerlo? Probablemente –ésta es la idea de Posner- un “kantiano” reconocería un derecho absoluto al propietario.

La “maximización de la riqueza social” –supone Posner- permite una sólida y fuerte defensa de los derechos individuales, pero en tanto instrumentales a la riqueza no tan fanática como la que él adjudica a los “kantianos”. La “maximización de la riqueza social” supone en el primer ejemplo que el intruso no puede ocupar la propiedad sin contratar con el dueño y que en la segunda puede hacer uso de la propiedad en tanto “altos costos de transacción” impiden una negociación al mismo tiempo que –puede suponerse- que en el mer-

cado hipotético la persona enferma que iba en la ambulancia pagaría más por el derecho.¹⁵

Claramente, los derechos de los individuos son, en la tradición utilitarista, instrumentales a la mayor felicidad o bienestar de la sociedad (es decir de otras personas). Aun cuando hay variantes de utilitarismo más sofisticadas que bien podrían quizás evitar algunos de estos problemas, al menos en la versión clásica y especialmente en aquellas donde cuenta la utilidad de los actos y no las reglas, sacrificar a un individuo por los demás podría ser un acto total y completamente justificado.

Bernard Williams, en su muy conocido debate con J.C Smart, supone algo muy posible: una mayoría que estaría mejor sin la existencia de una minoría a la que simplemente detesta.¹⁶ Aun cuando Hare considera que estos casos son extraordinarios a nuestra percepción moral¹⁷ (“fanatic cases”) ciertamente que no es muy

¹⁵ Si el enfermo es muy pobre y el propietario muy rico, sin embargo, lo único que cuenta es quien pagaría más, el ejemplo nos podría llevar, fácilmente, a soluciones que no serían muy intuitivas. Si debo elegir entre salvar a dos personas, digamos una buena y otra mala o una persona enferma y de avanzada edad y un bebé, uno rico y otro pobre, ¿Por qué debería elegir a la que puede pagar más por el derecho? Y si conozco a una de las personas, ¿también debería elegir al que pagaría más por el derecho? En buena medida el problema –que es el punto del trabajo– es que la capacidad de demandar por algo es una función de la distribución previa y así sucesivamente, y la “maximización de la riqueza social” no puede establecer una distribución inicial de dotaciones.

¹⁶ Bernard Williams, *A Critique of Utilitarianism*, en J.C Smart y Bernard Williams, *An Outline of a System of Utilitarian Ethics: For and Against*, Oxford, 1973. p. 105.

¹⁷ R M Hare, “Ethical Theory and Utilitarianism”, en *Utilitarianism and Beyond*, Amartya Sen y Bernard Williams, Eds. Oxford, 1982, p. 23 –31. Ciertamente que todas las teorías éticas pueden

difícil pensar en situaciones como estas: simplemente, como señala Cheng, un poco más de Nazis por ahí y menos judíos por aquí, y podemos pensar, como de hecho ha sucedido, en una situación moralmente inaceptable.¹⁸ Posner, sin embargo, considera que la “maximización de la riqueza social” provee una defensa de los derechos individuales, no obstante el carácter instrumental (a la riqueza) que estos tienen en su sistema.¹⁹

Relacionado con el problema del instrumentalismo está el conocido problema de la monstruosidad moral. Una premisa básica del razonamiento moral es que una

ser objeto de contraejemplos que ponen a las mismas en problemas respecto de nuestras intuiciones morales. Para un análisis del papel de los contraejemplos en ética, véase, Martín Diego Farrell, *Ética en las Relaciones Internas e Internacionales*. Gedisa, Barcelona, 2003. p. 123. El autor distingue entre la naturaleza del contraejemplo según impacte o no en el dominio propio de la teoría ética bajo análisis. Desde luego que una teoría ética será tanto más plausible cuando más amplio su dominio y cuanto menos contraejemplos deba soportar en su ámbito.

¹⁸ Howard F. Chang, “A Liberal Theory of Social Welfare: Fairness, Utility, and the Pareto Principle”, 110 *Yale L.J.* 173, 2000, p. 178.

¹⁹ Dworkin, por ejemplo, aun cuando rechaza al utilitarismo, cree que para ganar en plausibilidad éste debería distinguir entre dos tipos de preferencias, aquellas que son propias al individuo de modo tal que impactan sobre su propio bienestar de modo directo, de aquellas “preferencias externas” que implican satisfacción y oportunidades o efectos sean positivos o adversos “para otros”, que pueden ser tanto benevolentes como maliciosos. Para Dworkin la única forma defendible de utilitarismo es aquella que excluye estas preferencias externas en tanto, considera: “the principal source of the great appeal that utilitarianism has had is its equalitarian treatment of the wishes of each member of the community on a par with the wishes of any other”.

vez que aceptamos un principio debemos aceptar todas las consecuencias que se derivan de él, tanto aquellas que mejor se adaptan a nuestras convicciones e intuiciones morales como aquellas que menos se adaptan. En el caso del utilitarismo (nuevamente, en la versión que considera Posner) es posible pensar en casos que estarían justificados desde el principio de la mayor utilidad y que repugnan a nuestra percepción de la moral. Alan Donogan presenta un caso que ilustra el punto:

bien podría ser que si uno matara sin causar dolor, y sin ser descubierto, a su pérfido, viejo y desgraciado abuelo, se lograra más bien y menos mal que si uno se abstuviera de hacerlo: se libraría al anciano de su mísera existencia, sus hijos estarían felices de heredarlo y ya no estarían expuestos a su maldad; y uno podría anticipar la recompensa prometida a quienes hacen el bien secretamente. Nadie puede dudar seriamente de que una posición que conduzca a tales consecuencias sea una aberración.²⁰

¿Deberíamos asesinar a una persona inocente para salvar 10 vidas o 100 vidas o mil vidas? Es posible de hecho suponer una mayoría autoritaria con odio racial hacía una minoría, en donde las circunstancias indiquen que es bien posible obtener una ganancia en “felicidad o utilidad” sacrificando al menos algunos derechos o

²⁰ Alan Donogan, “Is there a Credible Form of Utilitarianism?” Michael D. Bayles (ed.), *Contemporary Utilitarianism*, 1968. Citado en Richard A. Posner “Utilitarismo, Economía y Teoría Legal”, op.cit. 69 *Estudios Públicos* 224, 1998.

quizás directamente sacrificando a la minoría. Y ello, aun cuando Hare señale que buena parte de las objeciones al utilitarismo operan en casos muy extremos, poco probables y lejanos a nuestra experiencia moral cotidiana, basta repasar un poco de historia contemporánea para advertir que no sólo las minorías sino también las mayorías han ejercido poder despótico de manera sumamente arbitraria o al menos cuestionable desde nuestras mas comunes intuiciones.

Para Posner –algo que vamos a cuestionar luego- la regla de la riqueza no enfrenta los problemas de monstruosidad moral que tradicionalmente se le adjudica al utilitarismo. El hecho de que, al menos como valor indicativo, sean los convenios libres y voluntarios el mecanismo de transferencia de derechos establecido en forma central en el enfoque, impediría estas formas de aberración moral.

Como señala Posner:

The perils of instrumentalism are also less acute in a system of wealth maximization than in a utilitarian system. In the wealth maximization approach the only basis for interference with economic and personal liberty is such a serious failure of the market to operate that the wealth of society can be increased by public coercion, which is it self costly ²¹

Es que para Posner el principio de la riqueza social no sólo supera los mencionados problemas del utilitarismo

²¹ Richard Posner, *The Economics of Justice*, op. cit. p. 80.

sino que además provee una mejor defensa de la libertad personal (en sentido negativo) y los derechos de propiedad individuales, aun cuando no de la manera fanática que adjudica a la tradición “kantiana”. Para la maximización de la riqueza los derechos no son absolutos, tampoco funcionales plenamente a la mayor utilidad, sino que ceden frente a casos en los cuales hay altos costos de transacción que hacen imposible la negociación.

Los derechos individuales son absolutos, afirma, pero no “tan absolutos” como en la tradición kantiana donde “el fanatismo” puede llegar a situaciones inverosímiles. Posner expone el clásico ejemplo de Bernard Williams:

(...) Jim (...) huésped de un funcionario de un país atrasado que está a punto de ordenar que fusilen a un grupo de prisioneros políticos. El funcionario le dice a Jim que si mata a uno de los prisioneros, él pondrá en libertad a los demás. El kantiano a ultranza diría que Jim no está obligado a matar al prisionero, porque hay una diferencia fundamental entre hacer un mal y no impedir un mal.²²

El problema es que, en la práctica, si Jim opta por no hacer el mal simplemente mueren más personas, nadie está mejor sino todos peor. Según Posner la mayoría de los “kantianos” establecen excepciones a los fines de aligerar el principio, pero que una vez que se reconoce una excepción queda abierto el sistema para considera-

²² Richard A. Posner, “Utilitarismo”, op.cit. en 69 *Estudios Públicos*, p. 225.

ciones de utilidad: ¿cuántas vidas por cuantas vidas, 1 por toda la humanidad, 10 por 100.000 o 100 por 3000? Y así la cuestión de “principio” queda diferenciada de la cuestión de la utilidad por una cuestión de “grados”. Aun cuando Posner no señala como la “maximización de la riqueza social” resolvería éste problema, sugiere mayor flexibilidad por parte de su principio. Me pregunto: ¿salvaría al que pagaría más en una hipotética subasta?

Pero –siempre según Posner– la “maximización de la riqueza social” además provee –algo muy cuestionable– las características de un sistema legal justo. Juan tiene derecho al fruto de su trabajo y su libertad ambulatoria, del mismo modo que lo tiene Pedro o María y todos, en tanto cada uno habría adquirido estos derechos en una hipotética subasta. Después de todo nadie valora más un derecho que su “dueño natural”. Luego la “maximización de la riqueza social” permite un sistema de contratos sobre el cual opera el mercado llevando las cosas a manos de “quienes más los valoran”, normas legales que simulan al mercado cuando hay altos costos de transacción y un sistema represivo para violaciones a los derechos. Además, “estimula y recompensa las virtudes tradicionales (protestantes o calvinistas) y las capacidades que se asocian al progreso económico”, tales como la inteligencia, la honradez, el ahorro y el trabajo esforzado, entre otros (siempre para Posner).²³

Sin embargo, no es muy claro que de la mayor riqueza se derive un sistema de derechos de propiedad tan fácilmente, aun cuando la regla de la mayor riqueza

²³ Richard A. Posner, “Utilitarianismo,” 69 *Estudios Públicos*, p. 233 y ss.

los presupone (en tanto sin derechos no hay mercados). El problema fundamental –que no puedo tratar ahora es la regla de la “maximización de la riqueza social”, “dada” una estructura previa de derechos de propiedad; y que no dispone de una meta regla que los pueda proporcionar. Pero no puedo examinar ahora este particular problema. Más bien, conviene examinar una cuestión previa que Posner ha soslayado y que introduce plenamente a Dworkin en escena.²⁴

4.- La riqueza como un valor en sí misma y la crítica de Dworkin.

Una primera posible defensa de la “maximización de la riqueza social”, a la que Posner en algunos momentos del debate parecía adherir, es que la riqueza constituye un valor social por sí misma, es decir con independencia de que promueva o no algún otro valor, como la libertad, alguna concepción de la igualdad, los derechos individuales (en su formulación clásica), ciertas virtudes, etc. Sin embargo no basta con la simple enunciación. Todavía es conveniente explicar por qué la riqueza es un valor o el valor sobre el cual se deben tomar las decisiones sociales.

En los términos de Dworkin, ¿por qué una sociedad que adopta la maximización de la riqueza es mejor que otra sociedad que no adopta la regla o aun mejor, por qué una sociedad más rica es una sociedad mejor que

²⁴ En los títulos que siguen voy a seguir fundamentalmente la estructura del debate entre Richard Posner y Ronald Dworkin.

una sociedad que simplemente es más pobre? La pregunta, tal como la formula Dworkin, es relevante en tanto el carácter estrictamente instrumental de la regla de la “maximización de la riqueza social”: los derechos –como en el utilitarismo– son simplemente instrumentales a la maximización de la riqueza. Desde este enfoque afirmar que alguien tiene un derecho es afirmar que el mismo es instrumental a la mayor riqueza y no a la inversa.

Dworkin pone un ejemplo que con el tiempo se ha transformado en un clásico. Derek tiene un libro que para él vale \$ 2 y Amartya está dispuesto a pagar por él hasta \$ 3. Hay un excedente de \$ 1 derivado de la negociación, la que se lleva a cabo descontando los costos de transacción. Llamemos a esta situación, sociedad (1). Supongamos ahora una situación donde un rey ilustrado en el enfoque económico del derecho en su versión normativa, simplemente quita el libro a Derek y lo entrega a Amartya con el consiguiente ahorro en costos de transacción. Llamemos a esto, sociedad (2). La sociedad (2) es más rica, según la propia definición de la maximización de la riqueza social. Como en el ejemplo de los aparatos de aire acondicionados de Demsetz, se adjudica a quien más lo valora y con ahorro de costos de transacción. Sin embargo, ¿por qué motivo consideraríamos que la sociedad (2) es, en algún sentido, mejor que la sociedad (1)?²⁵

²⁵ Ronald Dworkin, *Is Wealth a Value?*, op.cit.; véase la traducción al castellano, “¿Es la riqueza un valor?”, en *Estudios Públicos* 69, op. cit. Coleman también cuestiona la idea de que la eficiencia constituya un valor en sí mismo. Jules L. Coleman, “Efficiency, Utility and Wealth Maximization, también en *Hofstra Law Review*, 1980, op. cit. p.528.

Claramente la “maximización de la riqueza social” supone que son los convenios y no el robo el modo en el cual la sociedad incrementa la riqueza a largo plazo y que la sociedad (1) es, después de todo, preferible a la sociedad (2). Pero el argumento de Dworkin, que no desconoce este extremo, quiere poner en evidencia algo muy distinto: no sólo que el principio de la “riqueza social” permite situaciones morales poco intuitivas sino que la simple riqueza por sí misma no tiene valor independiente alguno. Es que mas allá del procedimiento, lo cierto es que (2) es más rica que (1) y no consideramos, o en general no consideraríamos, a (2) mejor que (1). Sin embargo, asumiendo el carácter fuertemente instrumental de los derechos (incluidos los convenios) y en tanto sólo tienen valor indicativo, deberíamos, al menos, ser capaces de reconocer algún valor a la sociedad (2) respecto de la sociedad (1).

Si intentásemos argumentar que la “riqueza social” privilegia los convenios, entonces, el argumento operaría a la inversa del supuesto que estamos considerando: la “maximización de la riqueza social” tendría un valor instrumental respecto de la santidad de los convenios y el respecto a la propiedad privada; pero el caso es completamente otro: queremos saber si hay algún elemento de valor en la sociedad (2) respecto de la más pobre sociedad (1).

Ciertamente que alguien podría afirmar que (2) es mejor que (1). Dworkin sospecha que tal afirmación podría validamente llevarse adelante desde el criterio de la utilidad, finalmente más razonable que el de la riqueza. Alguien podría todavía afirmar que en (2) al menos la utilidad se ha maximizado. Pero si suponemos a Derek pobre, arruinado, que ama profundamente el

libro pero que debe deshacerse de él para vivir y a Amartya como un simple coleccionista que tiene poco o muy poco interés en el libro, de modo que el libro representa mayor utilidad para quien vende que para quien compra, entonces, la sociedad (2) no maximiza la utilidad y el argumento simplemente se derrumba. La “riqueza” siquiera puede defender –para Dworkin- la mayor utilidad, quizás su mejor argumento.

No creo sin embargo que el argumento de Dworkin (el ejemplo del libro) sea muy bueno: no muestra que la riqueza no tiene valor sino que muestra que la riqueza no tiene valor a cualquier costo y que es posible pensar en casos donde para maximizarla (en la deficiente caracterización de Posner) podríamos apelar a medios que en principio no aprobamos. Probablemente en todos los casos podríamos, respecto de muchas teorías éticas, pensar casos donde para satisfacer el valor o el principio condenamos otro valor o principio que –dadas determinadas circunstancias- consideramos primordial. El ejemplo no es muy general y supone condiciones muy especiales. Pero la conclusión es muy intuitiva: ya Aristóteles había afirmado que la riqueza es instrumental (un medio) para el logro de otros fines, lo que parece adecuado al sentido común.

Supongamos –con Dworkin- un individuo puesto a elegir entre una vida (1) donde maximiza la riqueza y una vida (2) donde es más feliz o donde la totalidad de su utilidad, aun con menos riqueza, es maximizada. Elegir la vida (1), simplemente, no tiene sentido. Nadie elegiría más riqueza y menos utilidad total. Simplemente –luego voy a profundizar en esto- porque la riqueza se “disuelve” en utilidad.

La riqueza parece como un medio atractivo y a veces necesario para el logro de otros fines que estimamos valiosos, lo cual es incuestionable, pero parece complicado adjudicarle valor en sí misma, suponer que todo lo demás debe ordenarse en términos a su consecución. De hecho nadie cuestiona que la riqueza sea un valor, el cuestionamiento es si la riqueza es un valor en sí, o si es instrumental, y en este último caso, como juega respecto de otros valores.

Parece complejo también sostener desde otros enfoques que la riqueza es un principio moral adecuado para el derecho. Ciertamente que nadie niega –creo que la riqueza tenga algún valor instrumental respecto de otros valores que todos estimamos. En una opción entre más o menos riqueza, expuesta en los términos de Posner, queda evidente que todos elegiríamos, o al menos la gran mayoría, más a menos: simplemente porque la riqueza es un buen conducto de utilidad y por definición la gente prefiere más utilidad a menos, aun cuando tampoco es posible –creo- concluir apresuradamente sobre este asunto. Pero en todo caso, el tipo de elección que supone elegir entre mayor o menor riqueza no procede sobre la base de la riqueza considerada *per se* sino respecto de la utilidad, razón por la cual el principio de la “maximización de la riqueza social”.

Pero creo que el mejor argumento procede de la teoría de los precios, más precisamente, de la teoría del valor. Sabemos, conforme la ley de utilidad marginal que está en la base misma de la teoría de los precios, que cada bien tiene valor en referencia a la utilidad que proporciona la última unidad (marginal) que dispone el individuo y la cual es valorada conforme su escala ordinal de preferencias. Quiero decir que con indepen-

dencia del argumento de “Derek y Amartya” hay buenos argumentos desde la misma teoría de los precios para sostener que la gente no maximiza riqueza sino utilidad. La riqueza es un concepto que se disuelve en utilidad y a menos que se pueda vincular la riqueza con la utilidad, no creo que el argumento de la riqueza tenga mayor atractivo como valor “excluyente” o “principal” para una teoría de la justicia o fundamento moral del derecho.²⁶ En efecto, no es necesario apelar a argumentos de naturaleza filosófica para poner en evidencia aquello que todos por sentido común más o menos conocemos: que el dinero no tiene valor en sí mismo. Aun el tacaño compra seguridad hoy a seguridad mañana pero el precio del dinero siempre está en referencia a su poder de cambio respecto de otras cosas y esas cosas valen (conforme la teoría de la utilidad marginal) en tanto su especial capacidad para satisfacer, en contextos de escasez, la última necesidad (la marginal) de quienes valoran. Es por eso que la “maximización de la riqueza social” como principio independiente constituye simplemente un error: nadie maximiza riqueza, salvo quizás las empresas. Las personas maximizan

²⁶ Creo que Dworkin tiene razón respecto de que la MRS no tiene sentido como valor en sí mismo, aun cuando no estoy muy seguro de la plausibilidad de su argumento. En todo caso demuestra que la MRS puede no ser muy compatible con el respecto por los derechos de propiedad. Para un examen de los problemas que enfrenta el utilitarismo en general y la MRS en particular para incluir derechos en su sistema, véase, David Lyons, “Utility and Rights”, en Jeremy Waldron (ed.), *Theories of Property Rights*, Oxford Readings in Philosophy, 1984, p. 110-136. Creo que el caso de Derek y Amartya pone en evidencia los problemas –señalados por Lyons– para “acomodar” derechos de propiedad en el sistema, cuestión que excede la finalidad de este trabajo.

utilidad y la riqueza es un medio para la mayor utilidad.²⁷ Posner, por lo tanto, debería quizás –entre otras alternativas más consistentes- haber intentado fundar su sistema bajo la más plausible idea de que la gente maximiza utilidad. Quizás la utilidad promedio: una sociedad que elige reglas que maximizan la riqueza incrementa la utilidad promedio. Para ello sin embargo debe demostrar una relación entre la regla de Kaldor Hicks y la utilidad que –como se ha señalado- no siempre es tan clara: un grupo puede “pagar más” por algo que otro grupo y sin embargo valorar menos ese bien. Todo depende del valor marginal del dinero de cada grupo, lo que a su vez depende –en buena medida- de las distribuciones iniciales.

5.- La riqueza como un “componente de valor social”.

Podría sostenerse y de hecho se ha atribuido esta posición a Calabresi²⁸, que la riqueza o eficiencia es un

²⁷ A los fines de un estudio respecto de la teoría de la utilidad marginal en la historia del pensamiento económico y su influencia en diferentes enfoques dentro de la ciencia económica, Juan Carlos Cachanosky, “Historia de las Teorías del Valor y del Precio (II)”, *Libertas* n° 22, ESEADE, Buenos Aires, Mayo de 1995. p.123.

²⁸ Véase, Ronald Dworkin, *Why Efficiency?*, op. cit. Calabresi, sin embargo contesta finalmente señalado que él no supone una transacción entre justicia y eficiencia sino que la justicia, de algún modo, supone un “veto” para la eficiencia. 8 *Hofstra Law Review*, 1980, p. 552-3. Creo que esta posición es potencialmente más interesante, pero no la puedo analizar ahora. Probablemente un primer problema es la definición de “justicia” y el establecimiento de los puntos de conflicto. Probablemente como concepción nor-

componente más de valor en el ámbito social. El argumento es similar pero algo más pluralista que la versión anterior: ahora no sólo cuenta la riqueza, cuenta la riqueza y algo más, como por ejemplo “la justicia”. Ahora la riqueza no es el valor supremo sobre la base de la cual hay que asignar sino que constituye un componente de valor social junto a otro valor.

El argumento –como ha señalado Dworkin– no es consistente: simplemente no tiene sentido dejar de lado algo que tiene valor por algo que no tiene valor. Una vez que se admite que la riqueza no es un valor en si misma sino un medio para la consecución de otros metas, que la riqueza tiene sentido siempre que nos ayude a tener una vida más valiosa cuyo valor juzgamos respecto de otros parámetros, entonces, tampoco tiene sentido afirmar que la eficiencia es un componente de valor social, en conjunto con la justicia. Si la riqueza no tiene valor en si misma no puede constituir una “receta” en conjunto con la justicia, sea como parte de la misma o como parte de una negociación donde porciones de “justicia” se pagan con bienestar económico.²⁹

Dejando de lado los problemas de este tipo de análisis, tampoco tendría sentido, por los mismos motivos expuestos, que los hombres, puestos a elegir –imaginemos una situación originaria o una democracia perfecta– eligen simplemente en términos de riqueza, sino mas bien en términos de utilidad, si la regla de

mativa “fuerte” este enfoque no deje mucho espacio para la eficiencia, al menos respecto de la resolución de los casos judiciales “difíciles” donde la regla manda asignar allí donde es más eficiente. Con motivo de la discusión del trabajo, más actual, de Kaplow & Shavell, voy a tratar este punto en el capítulo IV.

²⁹ Conf. Dworkin, Id. Idem. p. 552 y ss.

elección tiene como base el interés personal. De modo que más razonable sería plantearse una “transacción” entre utilidad y justicia que una transacción entre riqueza y justicia. Por otra parte, si la regla desde la cual se efectúa la pregunta no es el interés personal (donde sólo la utilidad tiene sentido), sino desde el punto de vista de la sociedad “justa”, entonces –como advierte Dworkin– simplemente la eficiencia pierde sentido en ese contexto. Sobre todo si coincidimos que no constituye una meta valiosa por sí misma.

Por otra parte, no puede descartarse, simplemente, que haya una verdadera oposición entre justicia y eficiencia, tal como cierta literatura supone³⁰, con los clásicos gráficos donde curvas de indiferencias trazan “moral” o “justicia” o “equidad” (esto último más simple) por “eficiencia” (representando cada valor en un eje del plano). Son términos extremadamente complejos de manejar y antes es necesario, en cualquier caso un análisis respecto del significado y relaciones entre ambos, que muchas veces aparece, como señala el mismo Dworkin, muy complejos.

³⁰ Para el trabajo más elaborado respecto a las relaciones entre concepciones éticas fundadas en el bienestar personal (en general, aunque con predominio de la Economía del Bienestar) y diferentes concepciones de justicia que no tienen fundamento, al menos total, en el bienestar de la gente, Louis Kaplow y Steven Shavell, *Fairness versus Welfare*, Harvard University Press, 2002, sobre el cual vamos a referir extensamente en otra sección del trabajo. Para estos autores, la aplicación de cualquier regla de justicia que no toma en cuenta el bienestar, necesariamente conlleva a que la gente esté “peor” desde el punto de vista de su utilidad y en algunos casos que todos o casi todos estén en una situación más desventajosa. En el capítulo IV voy a examinar la plausibilidad del argumento central de estos autores.

En efecto, si coincidimos que la riqueza no tiene valor *per se* entonces tampoco puede operar como “componente de valor” con otros valores, en tanto, no tendría sentido sacrificar algo valioso en sí (como, “la justicia”) por algo que no tiene valor. Si tengo que sacrificar “justicia” por “riqueza” y asumimos –como es plausible– que “riqueza” no tiene valor en sí misma, no tiene mucho sentido asumir que alguien estaría dispuesto a resignar marginalmente algo que tiene valor (“justicia”) por algo que no tiene valor en sí mismo (“riqueza”).

Salvo que “riqueza” tenga valor instrumental respecto de otros valores y que exista algún motivo, que debe ser especificado, por el cual convenga perseguirla en vez de esos otros valores, como alguna concepción de la igualdad o de la libertad, por ejemplo. Pero eso debe ser cuidadosamente fundado y ofrece también sus problemas, tal como voy a examinar en el título siguiente.

6.- La maximización de la riqueza social como un valor instrumental.

Queda, simplificando las opciones, todavía otra posibilidad: que la riqueza sea instrumental, en varios sentidos, a otros valores que si tengan valor en sí mismos. Sea que la riqueza actúe (como a veces sugiere Posner) causalmente en el sentido de potenciar ese tipo de resultados, o bien que de alguna manera genere las condiciones para ello, o que opere como un adecuado “falso blanco” respecto de estos valores, de modo tal que al perseguir la eficiencia, por algún mecanismo o en algu-

na relación de probabilidad que habría que especificar, estos objetivos se cumplan.³¹

Podría, por ejemplo, afirmarse que la eficiencia –en la defectuosa concepción de Posner– hace de buen “falso blanco” respecto de otros valores, por ejemplo, de modo tal que persiguiendo eficiencia obtengo esos valores de modo más simple que persiguiéndolos directamente. Tal podría ser el caso –por ejemplo–, que veo mucho más razonable, de la utilidad: afirmar que perseguir la eficiencia nos permite obtener mayor utilidad sea total o como promedio, siempre limitando a situaciones donde, por algún motivo, pueda afirmarse de modo plausible que la “riqueza” en la versión que examinamos es un buen conducto de utilidad.

También, como parece afirmar Posner, podría argumentarse que la maximización de la riqueza ofrece una sólida base para los derechos individuales y con ello límites al poder, o bien algunos valores (como “cumplir las promesas”, “decir la verdad”, “el ahorro”, etc.) que podrían ser estimados como especialmente valiosos. Como advierte Dworkin, sin embargo, dicha relación instrumental no puede ser simplemente “débil”: todos estaríamos de acuerdo que la riqueza ocupa o tiene algún valor instrumental muy claro respecto de otros valores. Pero una regla débil no alcanza para justificar el extremo normativo por el cual los jueces deben tomar las decisiones de modo tal de maximizar la riqueza, como exclusiva o al menos preponderante regla de decisión. Se debe, en consecuencia, afirmar algo mucho más “fuerte”: que la riqueza opera – sea causalmente o

³¹ Tomo estas opciones teóricas del mencionado trabajo de Dworkin, *¿Is Wealth a Value?*, op. cit. pp. 523-530.

como falso blanco- de modo tal de dar lugar a esos valores que se estiman como valiosos en sí mismos y que operan otorgando valor a la “maximización de la riqueza social”.

Pero aun así, queda todavía algo pendiente: si digo que los casos deben resolverse apelando a la regla de la “maximización de la riqueza social” en tanto, por ejemplo, de ello se sigue ciertos resultados que son valiosos en sí, digamos “A”, “B.”, “C”, todavía tengo que argumentar que esos valores son más valiosos que otros, “D”, “E”, “F”, que no se obtienen instrumentalmente por medio de la aplicación de la regla de la “maximización de la riqueza social”. Supongo además que si esos valores son varios –como parece sugerir Posner- deberíamos estar seguros que la mayor “riqueza social” es el mejor modo de obtenerlos, que la relación causal o el material que provee la riqueza es el más apto para los mismos y que, además, estos no son – respecto de la riqueza social- contradictorios o que son posibles todos sin exclusión. Si hay exclusión, además, estos valores deberían ser jerárquicamente establecidos, y encuentro todo esto muy complejo. Creo por eso que la mejor defensa debería apelar a la mayor utilidad donde todos estos problemas de compatibilidad, jerarquía, causalidad y exclusión son –al menos parcialmente en tanto sólo debo verificar “riqueza” y “utilidad”- evitados.³²

³² Respecto de las dificultades que presenta un consecuencialismo pluralista (que a veces parece haber sugerido Posner), véase, Martín Diego Farrell, *Ética en las Relaciones Internas e Internacionales*, op. cit. Capítulo III.

Pero además todavía habría que establecer por qué esos valores o ese valor es valioso de un modo excluyente de modo que el problema simplemente se transfiera al complicado ámbito de la filosofía moral donde –de hecho– no hay demasiado consenso. Por ejemplo, asumamos por ahora, como lo hace Posner, que la maximización de su especial criterio de eficiencia permite las transacciones de mercado y con ello la libertad en sentido negativo, una buena base para la defensa de derechos individuales en el sentido clásico o tradicional del término, un derecho de contratos, un principio rectificador de situaciones donde se han afectado esos derechos individuales, etc. Pero todavía deberíamos explicar por qué esos valores o resultados son más valiosos que otros que, como por ejemplo ciertas nociones de libertad positiva o de distribución de ingresos (que pueden ser ineficientes), simplemente son dejados de lado por la regla de la maximización de la riqueza social.

En otros términos, apelar a una defensa instrumental de esta naturaleza simplemente transfiere la cuestión argumental a la defensa de esos principios, aun cuando la relación causal esté correctamente establecida. El problema simplemente se desplaza ahora, a los nuevos valores y son sabidas las dificultades que hay, fundamentalmente a nivel teórico, para establecer un mecanismo consensuado para advertir cuales son estos principios y valores. Si esos valores o reglas son muchas, además, tenemos los problemas de orden, jerarquía y compatibilidad que he comentado.

Si (como lo ha hecho Posner) afirmo que la mayor riqueza social es la regla de decisión adecuada para los jueces en tanto permite una defensa de la autonomía y los derechos individuales, entonces, tengo todavía que

defender un principio de autonomía y derechos individuales.

Tampoco queda muy claro porque debo apelar a la “maximización de la riqueza social” y no directamente a esos valores en forma directa y una explicación del tipo “falso blanco” es causalmente compleja. Respecto de la defensa de los derechos individuales, por ejemplo, podría no quedar muy claro los motivos por los cuáles tengo que maximizar la riqueza en vez de, directamente, defender los derechos individuales y esos valores que promueve la “maximización de la riqueza social”. Además, esos principios o valores deberían ser adecuadamente especificados y debería demostrarse, fundamentalmente a nivel analítico o empírico –dependiendo del tipo de valor- el tipo de relación que existe entre ambos. Respecto de los derechos de propiedad y la libertad negativa, por ejemplo, no es muy claro que la relación causal sea muy clara, tal como lo ilustra el ejemplo de Derek y Amartya.

Creo que el ejemplo de Derek y Amartya más que ilustrar un caso fatal contra la MRS sugiere que muchas veces este principio puede estar reñido con otros valores, en el caso, con el respeto por la propiedad individual. El ejemplo ilustra como un resultado que satisface las condiciones de la “maximización de la riqueza social” puede afectar derechos de propiedad a los cuales –por ejemplo- se podría apelar instrumentalmente. El ejemplo de Dworkin ilustra también, para mí más grave respecto de la *plausibilidad de la teoría*, algo más complejo para Posner: que la “maximización de la riqueza social” no necesariamente incrementa la utilidad, para mí el mejor candidato para fundar la eficiencia

como un valor instrumental.³³ Kaldor Hicks como se sabe no necesariamente incrementa la utilidad: supone que todos valoran igual un peso y eso no es analíticamente correcto en tanto supone introducir comparaciones interpersonales de utilidad. Kaldor Hicks, además, depende de la capacidad de pago y la capacidad de pago depende de previas distribuciones que “la maximización de la riqueza social” no puede establecer.

Pero regresemos al caso de los derechos. A nivel analítico, por ejemplo, no es muy claro que la “maximización de la riqueza social” tienda a la protección de la propiedad privada. De hecho, hay varios problemas de orden conceptual. Paradójicamente, aun cuando los derechos de propiedad privada operan como categorías conceptuales necesarias en un sistema de maximización de la riqueza social, en tanto para que operen las transacciones y los bienes logren su “mayor valor” que depende de la propensión a pagar, algunos al menos deben ser propietarios, la regla no puede dar cuenta (tema que requeriría otro trabajo adicional) claramente de los derechos de propiedad. En todo caso, para que sea operativa la “maximización de la riqueza social” algún marco de derechos de propiedad es necesario y no cualquier marco es aceptable. De hecho no es aceptable, en tanto constituye un mero razonamiento circun-

³³ Lyons cree que tanto el utilitarismo como su versión restringida a preferencias sustentadas en dinero que es –finalmente- la MRS tienen problemas para capturar una noción plausible y adecuada de los derechos individuales. David Lyons, “Utility and Rights”, en Jeremy Waldron (ed.), *Theories of Property Rights*, Oxford Readings in Philosophy, 1984, p. 110-136. También véase, para el caso, Ronald Dworkin, “Rights as Trumps” en igual edición, p. 153 – 167.

lar, afirmar que la MRS es instrumental a ciertos derechos “X” simplemente porque estos derechos “X” maximizan la riqueza social. Estos derechos “X”, a fines de salir del razonamiento circular, deben tener valor moral de modo independiente de la riqueza social.

La maximización de la riqueza social, aun cuando conceptualmente requiere de derechos, tampoco parece capaz de establecerlos de modo consistente. Posner ha considerado, en un argumento con muchos problemas, que la riqueza implica el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas, como el producto de su propio trabajo. Pero como afirma Dworkin, sólo podemos reconocer valor instrumental a la maximización de la riqueza social respecto de esos valores fundamentales, si esos derechos son asignados, invariablemente, a sus “dueños naturales” utilizando el principio de la maximización de la riqueza social. Pero, llegado a esta instancia se abre un interrogante (que luego examino en detalle): ¿podrían los dueños “naturales” adquirir sus derechos básicos en una imaginaria subasta, siempre aplicándose la regla de la maximización de la riqueza social?

Posner ha argumentado que la gente compraría sus “derechos naturales” en un estado inicial en el cual éstos fuesen asignados a otros. Pero, dejando de lado el problema de que llamar “naturales” a esos derechos supone ya, como ha señalado correctamente Fried, un meta criterio diferente a la riqueza social, el argumento ofrece problemas que en el contexto de este trabajo sólo puedo examinar de manera superficial. Digamos por ahora que no es muy claro si la gente podría comprar sus “derechos naturales” a otras personas, fundamentalmente por que la riqueza adopta la forma de los dere-

chos y si estos han sido otorgados a otros, la gente podría no contar con recursos para comprarlos: “A” podría ser de propiedad de “B” y en tanto no es dueño de su trabajo, podría no poder comprar su libertad. Después de todo “B” exigiría, en tanto maximiza su riqueza tanto como puede obtener de su trabajo lo cual depende de su productividad marginal. Y si “A” cuenta tan sólo con su trabajo que es propiedad de “B”, entonces, difícilmente podría obtener crédito para comprar “su derecho natural”, aun cuando hay alternativas tales como que en libertad sea más productivo que en el tipo de trabajo al que esta empleado por “A” y que éste advierta la ganancia mutua que se seguiría de la libertad de “B”. Pero la respuesta de Posner es sumamente insatisfactoria. En general –asumiendo que la gente maximiza riqueza como lo hace Posner- “B” exigiría al Sr. “A” por su productividad marginal y si “A” no tiene otros bienes, entonces, se hace difícil pensar que “A” puede pagar por su productividad (el precio) más los intereses.

Pero, por otro lado, si la gente valora otras cosas además y en mayor intensidad que la maximización de la riqueza, siendo esta última tan solo instrumental, ¿por qué debemos tomar decisiones que maximicen la riqueza en vez de perseguir directamente estos valores? De hecho, como señala Coleman, lo más probable es que la gente buscando riqueza consiga más riqueza y menos de otras cosas que valora. Quizás –dice este autor- Posner sugiere que la gente buscando riqueza invariablemente obtiene una defensa de los derechos individuales y los otros valores finales. Derechos o estados de cosas que sólo son posibles de obtener desde la maximización de la riqueza y que esos derechos no son en

realidad instrumentales a la riqueza sino la riqueza instrumentales a esos derechos o estados de cosas.³⁴

Pero si esos derechos no son instrumentales a la “riqueza social” afirmar que persiguiendo la riqueza no se interfiere con esos derechos plantea serias dificultades y el argumento resulta poco plausible. Bien podría darse el caso de un derecho que debe ser violentado precisamente por que el mandato es la maximización de la riqueza, como en el ejemplo de Derek y Amartya. En realidad, en tanto se considera a los derechos como instrumentales a la mayor riqueza social, se sugiere que ésta es el único valor social y que todos los demás derechos son instrumentales. Visión algo incompatible con la tesis de que la “maximización de la riqueza social” es instrumental a esos derechos. Esto en contraste claro con una teoría utilitarista que valora la utilidad por si misma y reconoce claramente que los derechos son instrumentales a esa finalidad. ¿Es que si hay otros fines que la maximización de la riqueza social por qué motivo los derechos deben ser instrumentales tan sólo a la riqueza social? Si hay tales derechos, entonces éstos existen con independencia de la riqueza social, y de hecho ésta puede colisionar con éstos, tal como ilustra el ejemplo provisto por Dworkin. En muchos casos – como ha señalado, entre otros, Lyons- o respetamos esos derechos o maximizamos riqueza social, pero no podemos lograr ambos objetivos a la vez.

Para Coleman:

³⁴ Jules L. Coleman, “Efficiency”, 8 *Hofstra Law Review*, 1980, p. 529.

All instrumental defenses of wealth maximization are doomed to failure. First, the very idea of an instrumentalist defense of wealth maximization is paradoxical. According to wealth maximization wealth *is the good*, and maximizing it the right. Yet, in order to defend the normative use of wealth maximization, the instrumentalist argument presupposes that there are other goods, that wealth is *not* the ultimate social good. Next, all instrumentalist defenses of wealth maximization rely on the very implausible claim that the society will achieve a more attractive combination of wealth and other social goods by pursuing wealth only than it would were it to pursue this or that combination of social goals. Moreover, the system of wealth maximization cannot give rise to a full moral theory, one that includes both moral rights and duties, since a mere instrument in the pursuit of some conception of the good can never be right. Finally, the rights and obligations that would constitute instruments of wealth maximization would not prove particularly attractive.³⁵

Si la “maximización de la riqueza social” no funciona como regla independiente y tiene problemas, al menos serios, para operar en forma instrumental respecto de otros valores, deberíamos, entonces, al menos, indagar otras posibilidades. Quizás una muy evidente, y en algún sentido más plausible, creo, es sencillamente fundamentar la “maximización de la riqueza social” en el utilitarismo, probablemente –creo- la mejor opción

³⁵ Ib. Idem. p. 530.

(quizás junto con el contractualismo). Pero el problema es que Kaldor Hicks no asegura incremento de utilidad: “A” puede pagar más que “B” por algo y simplemente valorar menos ese bien. Todo depende de la distribución previa y la utilidad marginal de ambos. Y la “maximización de la riqueza social” constituye una aplicación de la regla de Kaldor Hicks. No obstante – aun cuando sólo de manera algo superficial- voy a examinar algo más detenidamente las relaciones entre la concepción de la riqueza de Posner con el utilitarismo en el siguiente título.

7.- La maximización de la riqueza social y el utilitarismo: algunas consideraciones muy generales.

Siguiendo buena parte del debate desatado consecuencia de la primera explícita de Posner de la MRS, he examinado los problemas que enfrenta esta principio tanto considerado como un “valor en sí mismo” o como “componente de valor social”. Luego he analizado el más plausible argumento de concebir la “riqueza social” como instrumental a otros fines o metas valiosos posición que enfrenta también muchos problemas.

Quizás, sin embargo, la riqueza sea instrumental a la utilidad. El tipo de análisis implícito en el consecuencialismo es más fácil respecto de un valor que de varios, donde problemas eventuales de compatibilidad y jerarquía pueden surgir con facilidad. Además, en tanto la MRS se funda en teoría de los precios, y ésta supone que la gente maximiza utilidad, parece razonable intentar una defensa que sea consistente con el marco teórico utilizado. Por otra parte la MRS tiene muchos elemen-

tos comunes con el utilitarismo, tanto que bien podría ser considerada una especie de utilitarismo restringido a preferencias sustentadas en dinero.

Creo que la eficiencia *podría quizás*, ser plausiblemente conectada con un principio de mayor utilidad. Pero no creo que este argumento este de modo tan simple a disposición de la MRS: simplemente, su regla de adjudicación, no supone necesariamente un incremento de la utilidad. Hay decisiones que resultan amparadas por una regla y rechazadas al mismo tiempo por la otra: asignar conforme la “maximización de la riqueza social” puede implicar un incremento de la riqueza (así definida) pero al mismo tiempo una disminución de la utilidad.

Recordemos que el mismo Posner señalaba las diferencias entre utilidad y su concepción de la riqueza: en la MRS el valor a considerar es el “valor en cambio” que tiene expresión real o hipotética en el mercado y por lo tanto algo más restringido que la simple utilidad, en tanto requiere que el mismo esté fundado en demanda monetaria.

Pero además, el hecho de que alguien este dispuesto a pagar más por algo no supone necesariamente un incremento en la utilidad: un rico podría valorar menos un libro que un pobre y sin embargo “pagar” más por él. Todo depende de la anterior distribución y en general, de la primera distribución, respecto de la cual la regla de la “riqueza social” queda indeterminada en aspectos fundamentales: dejando de lado otros problemas –que no puedo examinar ahora- digamos simplemente que la capacidad de demandada es función de una distribución anterior y la regla supone propiedad, de modo que queda indeterminada.

Por ese motivo, un mandato de maximizar la riqueza podría, en algunos casos, implicar decisiones que maximizan, al mismo tiempo, la utilidad, pero es posible que decisiones maximicen la utilidad y no la riqueza, tanto como otras que maximicen la riqueza pero no la utilidad. De modo que –al menos a primera vista– la “riqueza” en la concepción que examinamos, no parece un buen “falso blanco” o conducto de utilidad.

Como he antes examinado, el mismo Posner reconoce que hay algunos actos que –como el ladrón que roba una joya– incrementan utilidad pero no riqueza; del mismo modo que –como evidencia el ejemplo de Dworkin– no necesariamente la riqueza incrementa la utilidad (al menos en el sentido distributivo que estamos considerando ahora). Para Mathew Adler y Eric Posner, por ejemplo, hay divergencia entre mayor utilidad y eficiencia, en tanto muchas medidas redistributivas podrían incrementar la primera pero atentar contra la segunda.³⁶

³⁶ Véase por ejemplo, Matthew Adler y Eric Posner, “Implementing Cost-Benefit Analysis When Preferences are Distorted” en *Cost-Benefit Analysis, op. cit.* p. 269 – 309. Estos autores afirman que hay que desligar el análisis de costo-beneficio de la tradicional defensa de la Economía del Bienestar y los criterios de Pareto y Kaldor-Hicks, y proponen integrar y defender el principio desde una concepción más abierta de las preferencias no limitando el criterio tan solo a las actuales. Así mismo, sugieren una aplicación limitada de la regla sólo a las agencias –y no a los Tribunales, por ejemplo– y en aquellos casos donde otros principios deontológicos no entren evidentemente en juego, asumiendo el método del costo-beneficio más como una técnica apropiada del bienestar que como una regla normativa para las decisiones en el ámbito público. Rechazan el enfoque utilitarista limitando de hecho la aplicación del costo-beneficio a casos donde no hay conflictos con criterios de

Pero el problema mayor es la regla de decisión que adopta la MRS, es decir Kaldor Hicks donde debe asignarse conforme las propensiones a pagar por determinados bienes, simulando al mercado en condiciones de ausencia de costos de transacción. El Juez, puesto en simple, asume la función en forma subsidiaria del mercado, que no podría actuar en tantos los prohibitivos costos de transacción. Pero Kaldor Hicks no supone *necesariamente* un incremento de la utilidad. Una persona puede demandar más por algo y valorarla menos que otra, dependiendo de la utilidad marginal que le provea el dinero. Yo valoro más que usted el bien “X” y en tanto mi restricción presupuestaria estoy dispuesto a pagar hasta \$100, pero Usted, aun cuando valora mucho menos el bien “X” y dada su menor restricción presupuestaria, esta dispuesto a pagar hasta \$ 120. El Juez asigna el derecho a Usted, quien de hecho, valora mucho menos el bien que yo, de modo que dicha asignación no incrementa *necesariamente* la utilidad. Salvo que estemos dispuestos a aceptar algo tan poco plausible como lo siguiente: que \$ 1 tiene el mismo valor para todos los agentes del mercado, lo cual implicaría un uso más que deficiente de la ley de utilidad marginal. De hecho, esto supone introducir comparaciones interpersonales de utilidad.

Quizás Posner podría argumentar –como lo ha hecho a otros fines, tal como voy a considerar luego- que la base operacional y el fundamento de la “maximización de la riqueza social” no es la Kaldor Hicks sino la regla de Pareto, la cual tiene la ventaja de fundarse en la una-

justicia o igualitarios. Probablemente, respecto de esto último, un “veto” similar al que consideramos respecto de Calabresi.

nimidad y no apelar a comparaciones interpersonales de utilidad. Después de todo, Pareto tiene la ventaja de que garantiza incremento de utilidad. Aun cuando Posner no ha sido explícito supongo que el argumento podría funcionar como sigue: cuando Pareto es posible, se aplica y cuando no es posible se aplica Kaldor Hicks en tanto los altos costos de transacción, pero la base o el criterio último de adjudicación es la reconstrucción paretiana de una situación donde no operan costos de transacción. Después de todo Kaldor Hicks, podría afirmar Posner, es un “pareto potencial”: quienes ganan pueden compensar a quienes pierden de modo hipotético dejando a éstos indiferentes. Luego con independencia de la compensación, la regla sobre la cual se funda es el criterio de eficiencia distributiva de Pareto.

Dejando de lado el hecho de que la compensación es tan sólo potencial (y las cuestiones distributivas parecen fundamentales a cualquier criterio intuitivo de justicia) la “maximización de la riqueza social” siquiera puede apelar a Pareto, en tanto sucede que podemos pensar muchos arreglos que aumentan la utilidad y satisfacen Pareto pero que no maximizan la riqueza social.³⁷ Hombres aislados podrían acordar y preferir reglas no eficientes (como por ejemplo aquellas que imperan en un Kibutz o las que se supone se adoptarían detrás de un pesado velo de ignorancia) aun por unanimidad. Un arreglo de este tipo –frecuentes en muchas sociedades– suponen arreglos que son eficientes en el sentido de Pareto pero que no satisfacen la mayor “riqueza social” de Posner. Una sociedad podría elegir

³⁷ Tomo este argumento de Coleman, tal como luego voy a desarrollar.

consumir todo ahora, por ejemplo, y consumir capital o bien adoptar un socialismo utópico y las reglas “eficientes” de resolución de conflictos de Posner, aun cuando supuestamente incrementan la riqueza no incrementan la utilidad.

Si la meta es la utilidad y la riqueza no siempre incrementa la utilidad porque deberíamos incrementar riqueza y no utilidad. Sobre todo cuando, como hemos visto, un simple examen pone en evidencia que no hay correlatividad ni conceptual ni instrumental *necesaria* entre ambas.

¿Qué ha sucedido con Posner para llegar a este extremo? Simplemente –creo- la “maximización de la riqueza social” constituye una versión de la eficiencia poco satisfactoria y algo extraña aun para la teoría tradicional de los precios, y ese divorcio le cuesta, al menos, todo aquello que de positivo puede tener la teoría económica normativa y una versión atractiva (que las hay) de utilitarismo.

Quizás podría buscarse algún argumento de tipo instrumental de base institucional que permita aplicar la “riqueza social”. Sostener que en tal o cual marco de decisiones referidos a una institución en particular, donde la eficiencia aparece como un valor importante y más identificable que la utilidad, quienes toman decisiones deberían adoptar aquellas que maximizan la riqueza, pero un argumento de este tipo, aun cuando aceptable en principio, pierde la generalidad y la fuerza normativa que nos interesa indagar en este trabajo. Bien podría uno afirmar que la bolsa de valores es una institución que debe admitirse, por ejemplo, en tanto permite aumentar la utilidad general (por los motivos que fuesen), pero que, en tanto su especial naturaleza, con-

viene resolver los problemas desde la MRS, o algo similar. Pero claramente no es el nivel de generalidad ni fuerza normativa que nos interesa a los fines de este trabajo. Después de todo, nadie ha negado que la riqueza tenga aunque más no sea en forma débil, cierta capacidad instrumental para satisfacer valores que consideramos importantes. Pero nuevamente, el problema que indagamos aquí es de otra naturaleza: la eficiencia como fundamento del sistema legal.

Quizás una manera más plausible de vincular la riqueza con la utilidad sea apelando a la utilidad promedio: sugerir que el promedio de riqueza se incrementa con reglas “eficientes” y que ésta es un bien conducto o falso blanco de bienestar.³⁸ En tanto la más limitada finalidad de este trabajo, no puedo desarrollar y examinar ese argumento, pero creo que esta alternativa requiere de un fuerte esfuerzo argumental y probatorio: aun cuando es plausible admitir que en una sociedad donde hay más riqueza hay más bienestar o utilidad (a) no es seguro que la “maximización de la riqueza social” sea “eficiente” en el sentido de incrementar la riqueza en sentido tradicional, en el clásico sentido de eficiencia productiva: quizás, como se ha sugerido, asignar derechos a la parte más eficiente implica reglas que pueden atentar contra la seguridad jurídica y la certeza del derecho: iguales casos podrían resolverse de diversa manera dependiendo la “propensión a pagar”. Algunos economistas creen que un derecho eficiente es algo

³⁸ Esta línea argumental me fue sugerida, de modo informal y en el transcurso de una conversación, por Martin D. Farrell. Desde luego todo lo que sigue respecto del tema es exclusiva responsabilidad del autor.

muy diferente al tipo de “eficiencia” que promueve la maximización de la riqueza social.³⁹ Probablemente exista aquí algo análogo a lo que sucede con el utilitarismo de “actos” y de “reglas” o “directo” o “indirecto”. ¿Incremento la riqueza promedio y con ello la utilidad promedio (cómo es posible) adjudicando a quien se cree pagaría más por un derecho o podría evitar un daño a menores costos? Por otra parte, (b) una vez superado cierto nivel de riqueza la gente podría preferir otras cosas, en tanto la utilidad marginal decreciente del dinero. Sin embargo, si la regla de adjudicación que opera en la MRS no asegura siquiera incremento de utilidad en el caso, ¿cómo podemos pensar que *necesariamente* incrementa la utilidad, sea total o promedio?

8. La maximización de la riqueza social y los derechos individuales.

Aun cuando el examen de las relaciones entre eficiencia y derechos individuales constituye un tema complejo que no puedo abordar completamente ahora, conviene al menos ilustrar brevemente cierta fundamental incompatibilidad entre la “maximización de la riqueza

³⁹ Para una consideración de este tipo, a la cual podrían apelar muchos libertarios, véase, Walter Block, “Ethics, Efficiency, Coasian Property Rights, and Psychic Income: a Reply to Demsetz” en *The Review of Austrian Economics*, Vol nº 8, p. 86., 1995. Quizás el derecho “eficiente” sea respetar la autonomía o alguna concepción normativa “fuerte” de la libertad negativa. Véase también, respecto del tema, Gordon Tullock, “Two Kinds of Legal Efficiency”, también en el nº 8 de *Hofstra Law Review* de 1980.

social” y la típica noción fuerte de derechos privados que caracteriza al liberalismo clásico.

El tema ha sido tratado –entre otros- por Coleman y Block- pero creo que hay adicionales –y más pesados- argumentos para mostrar las irreconciliables diferencias entre ambos enfoques. En general, el problema se ha abordado –así lo ha hecho el primero de los autores mencionados- desde el típico argumento de las “fallas del mercado”: el mercado no es *siempre* eficiente y por lo tanto el tipo de adjudicación de derechos que pide el libertarianismo supone ineficiencias. Puesto en simple, una defensa “fuerte” de la libertad y los derechos individuales, supone respetar las transacciones libres y voluntarias entre las personas, aun cuando de ellas se sigan resultados “no eficientes”. Y esto –concluye el argumento- sucede en el caso de las “fallas del mercado”, y un liberal debería estar dispuesto –por ejemplo- a reconocer que el derecho privado de un monopolista (que ha adquirido de modo legítimo su propiedad) es tan válido como aquel que impera en un mercado competitivo, aun cuando –para este enfoque- dicha asignación no es estrictamente “eficiente”.

Pero el argumento de las “fallas de mercado” no opera automáticamente. Hay varios autores liberales clásicos que cuestionan la validez del “modelo de competencia perfecta” y por lo tanto la “teoría de las fallas del mercado”. Otros liberales creen que la mayoría de las “fallas” (situaciones donde el interés privado y general no converge) sucede por “ausencia de mercado” antes que por la dinámica misma del mercado. Otros –finalmente- simplemente contraponen las “fallas del mercado” a las “fallas del estado”. En los hechos no

todos aceptan –además– los criterios de optimalidad implícitos en la teoría de las “fallas del mercado”.

Pero en cualquier caso, creo que el problema es más profundo. De hecho tan profundo que merecería un trabajo separado⁴⁰. En mi opinión, el problema central –que hace incompatible a ambos enfoques– se centra

⁴⁰ Dado el “estado del arte” debería tratar los argumentos de Louis Kaplow & Steven Shavell. Estos autores han señalado que cualquier teoría que otorgue peso moral independiente de la utilidad a alguna noción de “justicia” (como la vigencia de los derechos individuales) violentan la regla de la Pareto. Véase, Louis Kaplow & Steven Shavell, *Fairness vs. Welfare*, Harvard University Press, Cambridge Mass. 2002, libro que fue publicado originariamente con igual título en 114 *Harvard Law Review* 961, 2001. También, de los mismos autores, “The Conflict Between Notions of Fairness and the Pareto Principle”, 1 *American Law and Economics Review*, 1999, p. 63-77; “Notions of Fairness Versus the Pareto Principle: On the Role of Logical Consistency”, *Yale 110, Law Journal*, 2000, p. 237 – 249; “Any Non Welfarist Method of Policy Assessment Violates the Pareto Principle”, 109 *Journal of Political Economy*, 2001, p. 281-286; “Fairness Versus Welfare: Notes on the Pareto Principle, Preferences, and Distributive Justice”, 32 *J. L. Studies*, 2003, p. 331. He tratado el asunto con alguna profundidad en “La Eficiencia de Pareto y las Teorías Deontológicas: una respuesta libertaria a Kaplow & Shavell” que puede leerse en la página del Departamento de Investigaciones de la Universidad de CEMA (www.cema.edu.ar) y pronto a publicarse en el próximo número del anuario de la Asociación Argentina de Filosofía Jurídica y Social. Allí sugiero que la “imposibilidad de un justo paretiano” (así se conoce el argumento en la literatura) se verifica respecto de una teoría libertaria cuando asumimos costos de transacción positivos. Pero también que una teoría liberal clásica fundada en una noción “fuerte” de derechos individuales era defendible desde otros criterios de eficiencia. En suma que respetar derechos en un sentido fuerte puede ser considerado quizás eficiente o al menos plausible también desde las consecuencias.

más en las diferencias que operan a nivel de la regla básica de adjudicación de derechos que en el argumento de las fallas de mercado. En tanto la estructura de la “maximización de la riqueza social” voy a mostrar brevemente las relaciones y problemas que emergen a nivel de la regla de Pareto y (mucho más simple) de Kaldor Hicks.

Tomemos por ejemplo una teoría libertaria “del tipo” “Locke- Nozick”⁴¹. La misma debe suponer los siguientes elementos: (a) Un principio de transferencias que estipula que cualquier cosa que sea justamente adquirida puede ser objeto de transferencias de modo libre y voluntario. (b) Un principio de adquisición original justa, fundado en la ocupación o la mezcla del propio trabajo con los recursos del mundo exterior. Una teoría de este tipo supone que las cosas, originariamente de nadie o bien de la comunidad (según el autor), pasan a ser propiedad del primer ocupante o quien ha mezclado trabajo con ellas (con algunas limitaciones, en algunas versiones muy extendidas). Y (c), un principio de rectificación de las injusticias cuando alguien ha adquirido algo en violación a los principios (a) y (b)⁴².

¿Que relación hay entre una teoría de este tipo y la regla de Pareto? En condiciones de equilibrio de mercado –en otro lugar he examinado estas relaciones en profundidad- no hay incompatibilidad entre ambos enfoques. No voy a insistir ahora con las conocidas condiciones y propiedades de un mercado en equilibrio.

⁴¹ Respecto de John Locke, refiero al clásico *Segundo Tratado*. En cuanto al segundo autor, véase, el muy conocido, *Anarchy, State, and Utopia*, New York, Basic Books Inc. 1974.

⁴² Voy a referir nada más que a derechos sobre bienes del mundo exterior.

Pero en esa “zona franca moral” (como afirma Gauthier) cada cual persigue su propio interés que –en tanto la ausencia de costos y beneficios externos no compensados- converge con el interés de los demás. Cada transacción de mercado en estas condiciones supone una mejora de Pareto y una vez que –dadas las extremadamente idealizadas condiciones del modelo de competencia perfecta- se agotan las transacciones posibles, se verifica el óptimo: un estado de cosas donde no hay ninguna distribución alternativa posible donde la utilidad de alguno pueda ser incrementada sin al mismo tiempo disminuir la utilidad de otro agente de mercado⁴³. Cada agente económico –dueño de derechos pri-

⁴³ El modelo de competencia perfecta supone una versión formal, matemática y más sofisticada (por algunos cuestionada) del principio básico de la economía anunciado por Adam Smith, para quien, cada cual persiguiendo su propio provecho e interés, guiado por el sistema de precios, contribuía sin que fuese su propósito, al mayor bienestar de los demás. O más bien, en su versión normativa, una estipulación de las condiciones en las cuales el interés individual y colectivo convergen. El modelo supone (a fines analíticos) (a) homogeneidad de los bienes y servicios, (b) que tanto oferentes como demandantes están incapacitados para influenciar al menos individualmente en los precios (son “tomadores” de precios), (c) información por parte de los agentes del mercado de los elementos relevantes del mercado, (d) y capacidad de salida e ingreso del mismo (siempre que nos limitemos a los supuestos más explícitos). Cada empresa, como cada consumidor, en suma, está plenamente informado de los precios y cantidades al mismo tiempo que no tiene restricciones de ingreso ni de egreso del mercado a la vez que el tipo de elasticidad permite que cada productor pueda vender la cantidad que desee al precio de mercado. Desde el punto de vista institucional, una implicancia importante es que (e) el modelo supone propiedad privada de los recursos como elemento exógeno al modelo, condición que pocas veces se da en la realidad, en tanto como vamos a ver la propiedad privada de los bienes –o cualquier

vados “absolutos”- intercambia sus derechos sobre bienes hasta que se arriba al óptimo (donde se verifica el conocido primer teorema de la economía del bienestar)⁴⁴.

En tanto el modelo supone ausencia de costos de transacción, siempre que demos por verdadero el Teorema de Coase, no hay costos ni beneficios externos no compensados de manera tal que cada convenio incrementa la utilidad de cada participante del mercado. Cada participante, además, ejercita, en estas condiciones muy idealizadas, plenamente su autonomía, sin afectar

otro tipo de propiedad, por sus costos, nunca ocurre necesariamente en forma pura: siempre habrá algún nivel de efectos positivos o negativos sobre terceros que no es eficiente integrar al dominio privado por medio de derechos de propiedad. Igualmente, el modelo supone (f) que no hay costos de transacción, es decir, que las transacciones de mercado –o los mercados- no tienen costos. La introducción, precisamente, de los costos de transacción es el elemento esencial de la economía aplicada al derecho. Cuando estas condiciones se cumplen, el modelo supone que el mercado está (o termina) en equilibrio y se maximizan tanto los beneficios como la utilidad de todos los oferentes y demandantes, en tanto, han practicado todos los intercambios beneficiosos posibles y se cumple el óptimo de Pareto.

⁴⁴ Relación que no opera, desafortunadamente para la Economía del Bienestar, a la inversa: mientras todo equilibrio de mercado es un óptimo de Pareto, no todo óptimo de Pareto es un equilibrio de mercado. La correlatividad entre el equilibrio de mercado y la optimalidad en el sentido de Pareto constituye la base de la economía del bienestar. Según Little, “The jewel in the crown of theoretical welfare economics is that a competitive equilibrium is Pareto optimal. En *Ethics, Economics & Politics*, Cambridge University Press, p. 20. La explicación que sigue es muy conocida y puede encontrarse casi en cualquier libro sobre economía del bienestar. Véase, por ejemplo, Daniel M. Asuman y Michael McPherson, *Economic Analysis and Moral Philosophy*, op.cit. p. 43 y ss.

el nivel de utilidad de los demás. “A” intercambia con “B” y “C” con “D” y en tanto el costo privado con el social se igualan, todos los intercambios satisfacen Pareto hasta que se arriba al punto de equilibrio de mercado donde se satisface el óptimo. Tanto el bienestar como la autonomía individual son maximizados. Desde el punto de vista moral el tipo de relaciones entre los agentes de mercado es similar –como la ha destacado Gauthier- al ejemplo de Nozick donde cada cual se supone en su propia isla, comerciando e intercambiando con los demás, donde el valor de la autonomía y la utilidad es maximizado⁴⁵. Cada cual maximiza su autonomía y su utilidad en tanto en este escenario analítico no hay estado superior alguno, ni tipo de intercambio alternativo, que permita maximizar la utilidad, *dada* la disposición originaria de las dotaciones con las cuales los actores ingresan al mercado⁴⁶.

⁴⁵ Véase *La Moral por Acuerdo*, Gedisa, Barcelona, 1994, Capítulo IV donde desarrolla el argumento de que el equilibrio de mercado es una zona franca moral. La versión original en inglés: *Morals by Agreement*, Oxford: Oxford University Press, 1986. Ilustrativo es el siguiente pasaje: “El efecto del mercado perfectamente competitivo es asegurar, en el nivel interpersonal, la misma libertad de la que goza Robinson Crusoe en su soledad y al mismo tiempo hacer posible la cantidad enormemente ampliada de los beneficios que brindan el intercambio y la división del trabajo”. p. 129.

⁴⁶ Todo un problema que no voy a considerar ahora. Ningún criterio de eficiencia utilizado en Economía del Bienestar, ni conceptos derivados como el Teorema de Coase permiten asignar derechos iniciales de propiedad. Es decir aquellos con los cuales los individuos ingresan al mercado. Véase mi trabajo, “Derechos Iniciales de Propiedad y Eficiencia Económica: un problema para el Análisis Económico del Derecho Normativo” en *Opinión Jurídica n° 7*, Universidad de Medellín, Colombia, 2005.

Y en este escenario, hay por los menos dos modos en que una teoría normativa puede afectar la utilidad y la autonomía en tanto una violación a la regla de Pareto⁴⁷: (a) por medio de prohibiciones a los intercambios y (b) por medio de la imposición de costos y beneficios externos a los agentes de mercado. Pero una teoría libertaria típica en general no interfiere con las transacciones privadas del mismo modo que tampoco exige – mas bien las niega- transferencias no compensadas de costos y beneficios. Una teoría libertaria es, fundamentalmente, una teoría que no impide, o impide menos que otras, los intercambios voluntarios y al mismo tiempo no impone costos ni beneficios externos sobre las personas. Pero el problema es que el mundo no es uno de costos de transacción iguales a cero, donde hay conocimiento perfecto y donde se registran las condiciones ideales del mercado de competencia perfecta.

Y una vez que dejamos de lado los extremadamente idealizados supuestos del modelo, surgen diferencias fundamentales entre la regla de Pareto y el tipo de regla de adjudicación que subyace a una teoría de los derechos libertaria. Dicho examen supone confirmar la tautología de Kaplow & Shavell a este nivel muy fundamental, al menos respecto de este tipo de teorías.

Por cuestiones de brevedad, quiero tan solo limitarme al principio (a) de libertad en las transferencias. Una diferencia fundamental –una vez que suponemos un mundo con costos de transacción positivos, es decir el “mundo real”- es que la regla de Pareto debería impedir

⁴⁷ Se entiende que estoy considerando un mercado hacia el equilibrio y no uno que esta en equilibrio. En este último caso no hay transacciones ni TD que aplicar.

cualquier disminución de utilidad de *cualquier* persona respecto de *cualquier* adjudicación. Son las conocidas limitaciones del principio que creo afecta su plausibilidad. La regla de la eficiencia de Pareto es una que implica unanimidad y la unanimidad es una regla muy costosa para un sistema plausible de transferencias y además –en lo que ahora importa– diferente a una defensa fuerte de los derechos de propiedad.

La regla distributiva procesal básica de una teoría de los derechos de propiedad difiere de la regla de Pareto, en tanto esta última nos pide muchos más que libertad contractual: exige –algo poco atractivo, creo– unanimidad y compensación por cualquier costo externo y retribución por *cualquier* beneficio externo. Una teoría de los derechos, por el contrario, sólo requiere compensación para *cierta clase de hechos dañosos* que se estiman violatorias de los derechos, pero no para todo costo externo y Pareto nos reclama precisamente eso: la inexistencia de costos externos no compensados, la ausencia de disminución en la utilidad.

Por ese motivo –en esencia– una teoría de derechos de este tipo, aun cuando satisface Pareto en la generalidad de los casos donde operan bajos costos de transacción (en tanto los derechos son renunciables) no satisface la regla de Pareto por la simple razón de que no manda a los contratantes a compensar a terceros de cualquier disminución de utilidad sino tan solo cuando hay afectación de derechos. Una transferencia “justa” es aquella determinada por reglas “justas” y esas reglas “justas” no obligan a compensar *toda* molestia y disminución de utilidad, sino sólo aquellas amparadas en derechos exigibles.

Los problemas con Kaldor Hicks (la regla que utiliza la “maximización de la riqueza social”) son aún más evidentes: un Juez debería reconocer derechos a quien los tiene a través de procedimientos justos y no ha quien hipotéticamente pagaría mas por esos derechos o a quien puede hacer un uso más eficiente de los mismos. En el ejemplo de “Derek y Amartya” propuesto por Dworkin que hemos antes examinado, un liberal clásico aun cuando no incremente la “riqueza social” debería rechazar transferencias forzosas de derechos aun cuando de ello se siga un incremento en la “riqueza social”. De hecho –aun cuando personalmente creo que estas teorías pueden defenderse desde las consecuencias- hay diferencias básicas en la “estructura misma” de la teoría: mientras la “maximización de la riqueza” otorga prioridad a los resultados (la riqueza) una teoría liberal clásica típica otorgaría –al menos en la versión más extendida- prioridad al modo en el cual (justa o injusta) hemos llegado a ser dueños de algo⁴⁸.

De hecho –como hemos visto- el mismo Posner reconoce que de su aplicación no se sigue una defensa “fanática” de los mismos. Puesto en simple, para el liberalismo clásico en sus versiones más puras, una persona tiene un derecho con independencia de que pueda pagar más por el mismo en un mercado hipotético⁴⁹.

⁴⁸ Para un trabajo que desafía esta común caracterización, véase, Waldrom, Jeremy, “Nozick and Locke: Filling the Space of Rights”, 22 *Social Philosophy and Policy*, number 1, 2005

⁴⁹ Para un interesante debate entre un proponente del análisis económico del derecho y un teórico clásico del derecho de propiedad, véase, por ejemplo, Harold Dem-

Mucho habría para decir, además, respecto de los problemas que la teoría tiene para “acomodar” derechos de propiedad y justificar los mismos en condiciones iniciales⁵⁰. Todo aun cuando la teoría -en tanto toma como modelo de corrección las distribuciones y tipo de intercambios que operan en el mercado- requiere de derechos por una más que elemental cuestión de consistencia interna: en el mercado no se intercambian “bienes” sino “derechos” sobre bienes.

9.- Posner, la autonomía de la voluntad, y la solución contractualista.

Posner, luego de la primera defensa explícita de la MRS que hemos examinado, se aleja de su primera posición para fundar su sistema en el consenso y la autonomía de la voluntad. Pareto, señala, puede ser defendido no sólo en el terreno de las consecuencias, como usualmente se hace, sino además desde el punto de

setz, “Ethics and Efficiency in Property Rights”, in *Time, Uncertainty and Disequilibrium: Explorations of Austrian Themes*, Mario Rizzo ed. Lexington Books, Mass. 1979, y Walter Block, “Ethics, Efficiency, Coasian Property Rights, and Psychic Income: a Reply to Demsetz” en *The Review of Austrian Economics*, Vol n° 8, p. 86. 1995.

⁵⁰ Lyons, David, “Utility and Rights”, *Theories of Rights*, Edited by Jeremy Waldrom, Oxford Readings in Philosophy, 1984, al que hice antes referencia. El autor se ocupa fundamentalmente de la imposibilidad o problemas que tiene el utilitarismo para “acomodar” derechos de propiedad en su sistema, aun cuando marginalmente también de la “riqueza social”. De todas formas los argumentos son plenamente aplicables a ambas clases de consecuencialismo.

vista del consenso y la autonomía. En línea con aquellas teorías que Posner denomina, de modo muy confuso, “teorías kantianas”, aquellas que no toman en cuenta de modo relevante las consecuencias.⁵¹ Sin embargo, al menos en la particular forma que Posner construye la teoría, el argumento enfrenta muchos problemas. Sólo voy a señalar las fundamentales.

Como he señalado, luego de “Utilitarianism, Economics and Legal Theory” Posner lanza un argumento mucho más sofisticado aunque con muchos problemas en defensa de la MRS.⁵² En síntesis: en tanto la regla de Pareto requiere de unanimidad también implica consentimiento y con ello, también entra en juego la autonomía de la voluntad. La gente no sólo aumenta la utilidad (¿o riqueza?) cuando opera contractualmente la regla de Pareto sino que también, fundamentalmente,

⁵¹ Dworkin ha manifestado que desde la extraña concepción “kantiana” de Posner, Kant no formaría parte de la tradición “kantiana”. Sin embargo, en general, se supone en Kant un claro ejemplo de deontologismo, donde las consecuencias no tendrían peso moral. Pero esto es, ciertamente, muy complicado, Véase la nota n° 55 en Kaplow y Shavell, *Fairness vs. Welfare*, op.cit. p. 42., donde se trata el tema con alguna extensión. Igual, véase, Hare, “Could Kant Have Been a Utilitarian?”, *Soting Out Ethics*, capítulo 8, Oxford University Press, 1997.

⁵² “The Ethical and Political Basis of Wealth Maximization” en 8 *Hofstra Law Review*, 1980, reproducido, también con modificaciones en *The Economics of Justice*. Años después publica “Wealth Maximization Revisited” donde analiza algunas de las tradicionales críticas al principio de la MRS adoptando una posición ciertamente más moderada y además cierto escepticismo respecto del debate moral que luego resultaría patente en posteriores trabajos. Allí explica nuevamente la MRS y reconoce algunos problemas. “Wealth Maximization Revisited,” 2 *Notre Dame Journal of Law, Ethics, and Public Policy* 85, 1985, pp. 85- 104.

conciente con aquellas distribuciones y por lo tanto el valor autonomía queda implicado.

El consentimiento, señala Posner, es la “base operacional” de Pareto y queda habilitada una defensa no utilitarista del principio, pero que – a diferencia del “teorías kantianas”- tenga en cuenta también las consecuencias. La atractiva idea de un principio normativo sobre el cual fundar, no fanáticamente, los derechos individuales, en tanto la especial consideración que la regla de la “maximización de la riqueza social” otorga a las consecuencias (respaldadas en dinero). Sugiere Posner, en efecto, algo sumamente ambicioso desde el punto de vista de la teoría moral y política: que su regla supera tanto al deontologismo (significado de “teorías no kantianas” en la extraña jerga de este autor) como al utilitarismo.

Por medio de la idea de consenso intenta ligar a la “riqueza social” con la larga tradición de la autonomía de la voluntad y por medio del auto interés pretende dotar al análisis de cierto elemento consecuencialista, en la idea de que la combinación de ambos promueve un principio moral con las principales ventajas y sin los clásicos problemas y excesos que se atribuyen a ambas tradiciones de filosofía moral.

Si la regla de la eficiencia implica consenso, razona Posner, entonces la misma puede tener sustento no sólo en las consecuencias eficientes de los arreglos y soluciones normativas que la “maximización de la riqueza social” promueve, sino además en la tradición de la autonomía de la voluntad en la línea de autores como Locke, Kant, o más contemporáneamente, autores libertarios como Nozick o Epstein.

Pero Posner apela además –como es muy frecuente en la actualidad- al auto interés: conviene a la gente elegir reglas que maximizan la riqueza y –como vamos a ver- de hecho, postula Posner, estas son las reglas que la gente elegiría en una situación originaria sujetos a determinados condicionamientos. Busca Posner con este argumento fundado en la elección racional, no sólo apoyar su –endoble- argumento respecto de las bases consensuales de la “maximización de la riqueza social” sino además aportar otro argumento sustentando en el propio interés.

El razonamiento de Posner es, sustancialmente, como sigue: postula que la regla de Pareto puede sustentarse no sólo desde bases utilitaristas clásicas en tanto promueve mayor utilidad para las partes, sino que además, en tanto dicho principio requiere de unanimidad en la nueva distribución, implica consenso, ligando así a Pareto con la larga tradición de la autonomía de la voluntad.

Creo este primer argumento de Posner, pone en evidencia a simple vista un destacado problema de la “maximización de la riqueza social”: nuevamente, la gente no maximiza riqueza sino utilidad. Supongamos que en “X” el Sr. A tiene \$ 20 y el Sr. B tiene \$ 20 y en “Y” el Sr. “A” tiene \$ 17 y el Sr. “B” tiene \$ 22 (de modo tal que ni siquiera Kaldor Hicks se cumple), entonces, si el Sr. “A” conciente, entonces, lo que se ha maximizado no es la riqueza sino la utilidad.

Y el argumento tiene notables problemas (que se aplican también a la MRS como instrumental a la utilidad): Pareto incrementa utilidad pero no necesariamente riqueza en el sentido de Posner, a la vez que Kaldor Hicks incrementa riqueza en el sentido de Posner pero

no necesariamente utilidad. Todo esto resulta demasiado complicado para el principio de la mayor “riqueza social”.

La MRS siquiera tiene relación necesaria con Pareto –la base de la economía normativa en su versión más frecuente- en tanto constituye una versión de la eficiencia muy deficiente. Y en tanto no cuenta con relación necesaria con Pareto no puede reclamar ni consenso ni utilidad. Como ha señalado Coleman es del todo posible que la gente llegue a acuerdos que no satisfacen la MRS, tal por ejemplo, dice este autor (en lo que creo un error), cuando alguien intercambia un naranja por una manzana: queda claro que ambas han aumentado su utilidad, pero de modo alguno se sigue que hayan aumentado el “valor en dólares” de las cosas.⁵³

Ciertamente, en este último caso, siempre es posible que al menos la gente gane en el mercado “hipotético” teniendo en cuenta que ambos hubiesen pagado más por la respectiva naranja y manzana, un argumento que bien podría utilizar Posner en defensa de la aplicación del principio. Pero supongamos un mundo con perfectos derechos de propiedad y ausencia completa de costos de transacción, donde un grupo de gente arregla consensualmente la aplicación en sus transacciones de reglas que no son maximizadoras de la riqueza social, como podría ser un grupo de románticos socialistas que resuelven, sin afectar derechos de otros en un mundo

⁵³ Coleman, op.cit. “Efficiency”, op.cit. 532. Creo que este autor comete un error: en ese caso se verifica Pareto y también la regla de la MRS por medio de un “mercado hipotético”: el hecho de que hayan apelado al truco no elimina la idea de que ambos elegirían esas mismas mercancías en un escenario de bajos costos de transacción. Por esa razón doy mis propios ejemplos más adelante.

libertario, recluirse bajo sus propias reglas: ¿deberían los jueces de ese sistema aplicar reglas que maximicen la riqueza social (asumiendo, como lo hago, que la economía socialista es ineficiente)?. Hay muchos arreglos que no necesariamente maximizan la riqueza aunque sí, desde luego, al menos *ex ante*, la utilidad. Tal el caso de un matrimonio, como tantos, que resuelve que unos de los cónyuges cuide a los chicos aun cuando sería más barato simplemente contratar ese servicio en el mercado.

Pero si Posner tiene problemas con la más simple y menos controversial regla de Pareto, de la cual parece más fácil extraer la idea de consenso y maximización de la riqueza, tal cuestión resulta extremadamente compleja respecto de la regla de Kaldor Hicks. Si en Pareto al menos es posible todavía admitir que la aplicación de la regla supone consentimiento (y su relación con la autonomía, aun cuando no con la riqueza) no sucede lo mismo, en cambio, en Kaldor Hicks y tampoco con la regla de adjudicación de derechos de la mayor “riqueza social”, donde hay perdedores.

¿Cómo hace Posner para defender, entonces, su principio desde el consentimiento en una regla que por definición implica perdedores no compensados? Después de todo quienes pierden en la “maximización de la riqueza social” podrían razonablemente no consentir las mismas, más aún teniendo en cuenta que no hay compensación real sino sólo hipotética.

Posner apela a un criterio que ha despertado serias objeciones: el principio de compensación *ex ante*. El mercado, en suma, “compensa” *ex ante* las pérdidas consecuencia de la aplicación de Kaldor Hicks: si uno compra un billete de lotería –señala Posner- consciente

con la pérdida para el caso de que no se vea favorecido con el resultado. Del mismo modo, en aquellos casos en los cuales no se trata de operaciones de mercado –casos más complicados, por cierto- aun quienes pierden se verían favorecidos por el tipo de reglas que la “maximización de la riqueza social” manda aplicar a los jueces para resolución de los casos del *Common Law*.⁵⁴

Supone que en tanto el sistema implica más riqueza en general la gente queda compensada *ex ante* aun cuando en muchos casos –por aplicación de Kaldor Hicks- pierda en aplicaciones particulares.

Supone –por ejemplo- que un régimen de negligencia es más eficiente que uno de responsabilidad estricta para los accidentes de automotor, en tanto minimiza los costos de los accidentes como las primas de los seguros. De esa eficiencia, en suma, también se beneficia “ex ante” el peatón aun cuando pierde consecuencia de la aplicación concreta del régimen “más eficiente” de responsabilidad. Puesto que al peatón le conviene siempre un régimen de responsabilidad estricta donde quien le enviste es siempre responsable con independencia de su propia eventual negligencia.

Si al Sr. “A” no se le reconoce indemnización alguna en tanto “B” (quien lo envistió) probó que su costo de prevención era superior a la probabilidad del hecho dañoso y el monto estimado del mismo ($B > PL$), y además es *Cheapest Cost Avoider*, entonces, se ve claramente perjudicado frente al sistema de responsabilidad estricta que le reconocería al menos los daños oca-

⁵⁴ Posner, *The Economics of Justice*, p. 95 y ss.

sionados (L).⁵⁵ Posner supone que el Sr. “A” consentiría su pérdida, bajo un sistema de consentimiento presunto, en tanto el sistema de negligencia es más eficiente y favorece a más largo plazo a la sociedad en general, incluyendo al Sr. “A”. Los jueces, afirma, como en un contrato donde la imprevisión no está contemplada, deben interpretar el consentimiento presunto o implícito de las partes, en tanto, después de todo, son aquellas reglas las que elegirían desde su propio interés, aquellas que maximizarían su riqueza.

Pero parece evidente que el argumento no es muy aceptable: ¿por qué motivo un peatón inveterado debería aceptar un régimen que no le es conveniente? Si en Pareto al menos todavía es posible reclamar consentimiento, no sucede lo mismo bajo una regla donde hay “perdedores” no compensados como sucede en Kaldor Hicks. Solamente se puede reclamar un consentimiento presunto derivado de una supuesta compensación *ex ante*, un argumento que ha sido ampliamente cuestionado: después de todo, ¿podemos inferir consentimiento de bases tan endeblas?

Después de todo, ¿elegiría un peatón inveterado un sistema de responsabilidad por negligencia cuando a él le conviene uno de responsabilidad objetiva? Todo depende de las restricciones bajo las cuales hagamos la pregunta. Y Posner de hecho intentó fundar el argumento en el auto interés. Se plantea que tipo de reglas elegirían los individuos puestos en una situación original, como en *A Theory of Justice*, pero con ignorancia

⁵⁵ Donde “B” representa los costos agregados de prevención del accidente, “P” la probabilidad de ocurrencia y “L” el daño estimado. Se trata de la conocida regla de “Learned Hand”.

“natural”, aquella que la gente de hecho tiene respecto del mundo y de los demás, que estima más real y no tan “ficticia” como la de Rawls. Bajo estas condiciones, según Posner, los individuos elegirían aquellas reglas que maximizan la riqueza social.

Sin embargo, en cualquier caso, y aun desde la muy cuestionable formulación de la situación originaria que plantea Posner: ¿maximizarían utilidad o riqueza? Supongamos que tengo la opción (1) donde puedo elegir reglas que maximizan riqueza y (2) donde puedo elegir maximizar utilidad. Si la riqueza es un sustituto perfecto de la utilidad la pregunta no tendría sentido. Pero como, al menos en la formulación de Posner, la riqueza se distingue de la utilidad, la pregunta cobra pleno sentido: ¿tiene sentido elegir (1) cuando puedo elegir (2)? Pero si la gente elige utilidad no parece razonable elegir un principio que no puede reclamar siquiera una relación necesaria con Pareto (que si garantiza utilidad) y cuya regla de adjudicación en casos conflictivos (Kaldor Hicks) no garantiza un incremento de utilidad.

Pero además si la gente conoce su “situación personal”, ¿por qué debería elegir la MRS?; o más bien, ¿por qué deberían todos elegir una regla? Con “ignorancia natural” y en tanto “hay perdedores” –como ha señalado Dworkin- la gente simplemente elige la regla que le conviene (y en tanto hay perdedores no es posible Pareto) por lo cual tenemos simplemente un argumento utilitarista, con todos sus problemas.

Si la gente -a diferencia del “velo de la ignorancia” de Harsanyi o Rawls o el argumento de Buchanan- conoce su situación y la incidencia que las reglas tienen, no quedan posicionados respecto de las mismas de manera simétrica. Difícilmente pueda obtenerse el tipo de

regla a que apela el contractualismo. Simplemente, bajo los deficientes postulados sobre los cuales Posner construye el argumento contractualista, cada cual elige lo *que conviene y no aquellas reglas que “maximizan la riqueza”*: un peatón inveterado, una regla de responsabilidad objetiva, un automovilista consumado, una de “negligencia”, como es de suponerse. Posner necesita un argumento que coloque a la gente en posición “simétrica” respecto de las reglas para de allí obtener el tipo de reglas que la gente elegiría.

De hecho, Posner no termina de comprender la plausibilidad del argumento de Rawls, Buchanan o Harsanyi, comparado con el propio: el velo de la ignorancia o alguna forma de situación simétrica respecto de las reglas, en tanto supone desconocimiento pleno de las propias capacidades y suerte en el mercado, supone introducir un elemento de imparcialidad profundamente igualitario que para muchos está en la base del razonamiento moral, una reconstrucción del punto de vista moral.

El –para Posner- “más realista” supuesto de la ignorancia “natural” es precisamente el problema fundamental en el argumento de Posner: una vez cada cual conoce sus probabilidades de éxito en el mercado, simplemente, si la regla es la “maximización de la riqueza social” elige aquella regla que le favorece y no hay un criterio de imparcialidad sino uno de mayoría que le lleva lisa y llanamente a los problemas del utilitarismo. Posner debería haber supuesto “simetría” frente a las reglas: por ejemplo que todos somos “peatones – conductores” en la misma proporción ante una regla de responsabilidad civil por accidentes de tránsito o apelar a un principio de ignorancia respecto de la posición de

cada cual de modo tal de introducir imparcialidad y generar un instrumento del cual sea posible extraer una regla a la cual un “maximizador racional” apelaría.⁵⁶ Sobre estas bases, ¿Podemos pensar que quienes pierden dan o darían –en una situación hipotética- su conformidad para la aplicación de Kaldor Hicks?

Pero aun suponiendo “simetría” o un “velo” o alguna restricción que permita cierta imparcialidad y al mismo tiempo la elección de una regla común el argumento enfrentaría –según Coleman- ciertos problemas. Hay –como afirma este autor- dos tesis distinguibles en el argumento contractual una de las cuales pasa totalmente por alto: la primera, que la gente en una situación original con incertidumbre elegiría realmente la riqueza antes que otros valores y, (2) que una vez que eligió ese tipo de instituciones elegiría, además, Kaldor Hicks y no otros arreglos institucionales.⁵⁷ Posner se lanza a demostrar el segundo punto, que individuos racionales neutrales al riesgo elegirían Kaldor Hicks antes que Pareto, pero olvida la primera tesis: si la elección racional bajo incertidumbre indica que la gente elige la búsqueda de la riqueza antes que otros valores o reglas, como por ejemplo, el maximin de Rawls o alguna variante del utilitarismo⁵⁸. Para Coleman, Posner no encara esta tarea simplemente por algo que todos sabemos: la riqueza no es un valor en si misma entonces la gente sólo elegiría la riqueza como medio para otras

⁵⁶ Estos argumento han sido expuestos por Dworkin, Coleman y Rizzo –con diferencias de matices- en el número 8 de *Hofstra Law Review* que he citado anteriormente, Symposium on Efficiency as a Legal Concern, 1980.

⁵⁷ Jules L. Coleman, op.cit. p. 539.

⁵⁸ Jules L. Coleman, Ib. Idem. p. 539.

cosas, pero entonces, debería elegir directamente las otras cosas.⁵⁹

Sin embargo, si Posner elige –por ejemplo- como sería muy plausible utilidad no puede apelar a Kaldor Hicks como lo hace en tanto –como hemos visto- este principio no garantiza un incremento de la utilidad. Si sostiene que la MRS es instrumental a la defensa de derechos individuales, no se entiende porque los individuos no elegirían reglas que tiendan directamente a la protección de los mismos, mas cuando, quizás –como ilustra el ejemplo de Dworkin- pueden fácilmente colisionar.

Tal como ha sido desarrollado el argumento (no quiero examinar posibles alternativas) Posner no puede reclamar consentimiento ni unanimidad para la MRS. Su tentativa de fundar Kaldor Hicks en la autonomía de la voluntad fracasa y –siempre en los límites de sus argumentos- queda reducido a utilitarismo. Pero, como hemos visto, la MRS es Kaldor Hicks y esta regla no nos asegura incremento de utilidad y la regla de Pareto incrementa utilidad pero no necesariamente riqueza. ¿Cómo se defiende, entonces, la regla de la MRS?⁶⁰

⁵⁹ Coleman, Ib. Idem, p. 540. Creo que –dado este supuesto- debería elegir la utilidad, pero es un tema muy complejo para desarrollar ahora. Martin D. Farrell, cree, por ejemplo, que aun bajo el pesado velo de la ignorancia de Rawls, la gente elegiría una particular versión de la utilidad promedio antes que el criterio maximin. En cualquier caso se trata de un tema muy complejo que escapa a los fines de este trabajo.

⁶⁰ Claramente no puedo siquiera ensayar una posible respuesta en este trabajo. Creo que debería apelarse a un relación entre el uso de Kaldor Hicks y la utilidad promedio. Ese argumento, quizás, podría ser también utilizado en términos del contractualismo: si asumimos que la gente elige para maximizar utilidad, entonces, la

Posner debería, para mayor consistencia, haber apelado –por ejemplo- al modelo de Harsanyi, quien supone que un elector racional con incertidumbre respecto de la posición que le tocara en la sociedad (estipulación necesaria para introducir imparcialidad en el enfoque) elegiría aquellas reglas que maximizan la utilidad promedio esperada. Todos tienen, en este sentido, la misma *probabilidad* de finalmente quedar en cualquiera de las posiciones resultantes.⁶¹

Si hay cuatro electores, por ejemplo, U 1, U 2, U 3 y U 4 y hay cuatro posiciones sociales, digamos, X, Y, Z, y X, entonces, la elección que enfrenta el elector racional es $\frac{1}{4} [U1 (X) + U2 (Y) + U3 (Z) + U4 (w)]$. El elector racional, en tanto no conoce su particular posición, cuando maximiza su utilidad esperada, maximiza al mismo tiempo la de todos los demás, y de un modo que permite introducir el tipo de imparcialidad que se considera plausible en teoría moral y obtener una regla consistente desde el punto de vista hipotético contractual.

gente elegiría reglas que maximicen la utilidad promedio, un razonamiento del tipo Harsanyi. Luego –algo complejo- habría que demostrar que elegirían Kaldor Hicks y no otros arreglos institucionales. Un liberal clásico podría sostener, por ejemplo, que respetar derechos individuales con independencia de la “propensión a pagar” es eficiente. Y así otros arreglos institucionales tanto como otros criterios de eficiencia muy desarrollados en ciencia económica podrían competir –y me temo que muy bien- con la MRS. Pero esa defensa no tendría –en principio, creo- tantos problemas como las tentativas iniciales de Posner.

⁶¹ Véase John Harsanyi, *Rational Behavior in Games and Social Situations*, Cambridge University Press, 1977. También “Rule Utilitarianism and Decision Theory” en *Erkenntnis*, 1977.

Quizás la “maximización de la riqueza social” podría haberse defendido con argumentos de esta naturaleza. Suponiendo que electores racionales que no saben cual será su posición en la sociedad elegirían incrementar su utilidad promedio. A partir de allí (todo un problema) Posner –o cualquiera interesado en la defensa de la regla normativa más típica del AED- debería demostrar que Kaldor Hicks supone un bien conducto de utilidad esperada promedio. Aun cuando la MRS –en tanto supone que un peso vale igual para todos y depende de las dotaciones precios que determinan el valor marginal del dinero- no asegura el incremento de la utilidad en cada aplicación, quizás podría haber intentado sugerir que lo hace a nivel de reglas (aun cuando este argumento debería defenderse frente a otros enfoques de la eficiencia). También, desde luego, el argumento de la utilidad promedio podría, desde luego, ser utilizado como un argumento típicamente utilitarista, sin necesidad de apelar a la idea de un contrato original.

En cualquier caso, el argumento de Posner, con su “ignorancia” racional no sólo implica un tipo de parcialidad que echa por tierra la plausibilidad del argumento, sino además una estructura de elección que no necesariamente garantiza una “única” elección como cualquiera tentativa plausible que el contractualismo exige. En tanto todos conocen su posición en realidad deberíamos suponer que las reglas salen a votación o mejor a subasta. Si salen a votación es simple utilitarismo mal formulado, y si salen a subasta, todavía queda el problema de los derechos iniciales de propiedad, en tanto –para no profundizar en el problema- una subasta requiere de “derechos”.

10.- Conclusión.

Creo que la conclusión surge evidente: la “maximización de la riqueza social” no parece un criterio atractivo como fundamento del Derecho. Creo que en parte el problema tiene origen en una deficiente concepción de la eficiencia que –en tras versiones- podría quizás ser mejorada. Pero en cualquier caso he intentado mostrar que las mejores y más evidentes defensas para la “maximización de la riqueza social” en sentido normativo “fuerte” –es decir como fundamento del derecho- presentan todas demasiadas problemas.

De modo más preciso –y apelando a opiniones de varios autores- he intentado mostrar que: (a) la riqueza no parece constituir un “valor en sí misma”, del mismo modo –y por el mismo motivo- que tampoco puede ser plausiblemente considerada como (b) parte o componente de valor social junto a otros valores, de modo tal que tenga sentido asignar derechos para incrementarla.

Apelando a otra posible defensa se han mostrado (c) los problemas que enfrenta la “maximización de la riqueza social” como valor instrumental a otros valores (que si podrían ser valores en “por si mismos”). De modo más puntual hemos visto (d) los problemas que tiene como conducto o falso blanco de la mayor utilidad y las dificultades e inconsistencias que la teoría enfrenta (e) respecto de una noción fuerte de derechos individuales, en el sentido que normalmente se le adjudica desde el liberalismo clásico.

Finalmente, agotando las defensas más evidentes, (f) hemos puesto de manifiesto, al menos, algunas dificul-

tades que esta concepción de la riqueza tiene respecto de una defensa –hoy tan frecuente- de base contractual.

Probablemente haya otras defensas posibles, pero al menos hemos analizado aquéllas más fundamentales que han sido discutidas o presentadas en la literatura especializada sobre la materia, siempre respecto de esa particular –y para mi deficiente- versión de la economía normativa que constituye la “maximización de la riqueza social”.

Bibliografía

- Allen Leff, Arthur, "Some Realism about Nominalism", 60 *Va. Law Review*, 1974.
- Block, Walter, "Ethics, Efficiency, Coasian Property Rights, and Psychic Income: a Reply to Demsetz" en *The Review of Austrian Economics*, Vol n° 8, 1995.
- Boyd White, James, "Economics and the Law: Two Cultures in Tension", 54 *Tenn. Law Review* 161, 1987.
- Cachanosky, Juan Carlos, "Historia de las Teorías del Valor y del Precio (II)", *Libertas* n° 22, ESEADE, Buenos Aires, Mayo de 1995.
- Chang, Howard F., "A Liberal Theory of Social Welfare: Fairness, Utility, and the Pareto Principle", 110 *Yale L.J.* 173, 2000.
- Coleman, Jules L., "Efficiency, Utility and Wealth Maximization", 8 *Hofstra Law Review*, 1980.
- Demsetz, "Ethics and Efficiency in Property Rights", in *Time, Uncertainty and Disequilibrium: Explorations of Austrian Themes*, Mario Rizzo ed.. Lexington Books, Mass. 1979.
- Dworkin, Ronald, "Why Efficiency?", 8 *Hofstra Law Review*, 1980.
- _____, "Is Wealth a Value?", 9 *Journal of Legal Studies* 191, 1980.
- Waldrom, Jeremy, "Rights as Trumps", en (ed.), *Theories of Property Rights*, Oxford Readings in Philosophy, 1984
- Donogan, Alan, "Is there a Credible Form of Utilitarianism?" en Michael D. Bayles (ed.), *Contemporary Utilitarianism*, 1968.

- Ellickson, Robert C., "Bringing Culture and Human Frailty to Rational Choice Actors: A Critique of Classical Law and Economic, 65 *Chicago- Kent Law Review* 23, 1989.
- Epstein, Richard, book review, "The Next Generation of Legal Scholarship?" 30 *Stanford Law Review*, n.35, 1978.
- Farrell, Martín D., *Ética en las Relaciones Internas e Internacionales*. Gedisa, Barcelona, 2003.
- Gauthier, David, *La Moral por Acuerdo*, Gedisa, Barcelona, 1994.
- Hare, R M., "Ethical Theory and Utilitarianism", en *Utilitarianism and Beyond*, Amartya Sen y Bernard Williams (Eds.), Oxford, 1982.
- "Could Kant Have Been a Utilitarian?", *Soting Out Ethics*, cap. 8, Oxford University Press, 1997.
- Harsanyi, John, *Rational Behavior in Games and Social Situations*, Cambridge University Press, 1977.
- "Rule Utilitarianism and Decision Theory" en 11 *Erkenntnis*, 1977.
- Hart, H. L. A., "American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream", 11 *Ga. L. Review* 969, 986, 1977.
- Hausman, Daniel M. y McPherson, Michael, *Economic Analysis and Moral Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996.
- Kaplow, Louis y Shavell, Steven, *Fairness versus Welfare*, Harvard University Press, Mass., 2002.
- The Conflict Between Notions of Fairness and the Pareto Principle", 1 *American Law and Economics Review*, 1999.
- "Notions of Fairness Versus the Pareto Principle: On the Role of Logical Consistency", *Yale 110, Law Journal*, 2000.

- “Any Non Welfarist Method of Policy Assessment Violates the Pareto Principle”, 109 *Journal of Political Economy*, 2001.
- “Fairness Versus Welfare: Notes of the Pareto Principle, Preferences, and Distributive Justice”, 32 *J. L. Studies*, 2003.
- Kornhauser, Lewis, “A Guide to the Perplexed Claims of Efficiency in the Law”, 8 *Hofstra Law Review*, 1980.
- Kronman, Antony, “Wealth Maximization as a Normative Principle”, 9 *Journal of Legal Studies* 227, 1979.
- Little, I. M. D., *Ethics, Economics & Politics*, Cambridge University Press, 2002.
- Lyons, David, “Utility and Rights”, en Jeremy Waldrom (ed.), *Theories of Property Rights*, Oxford Readings in Philosophy, 1984.
- Nozick, Robert, *Anarchy, State and Utopia*, Basis Books Inc., New York, 1974.
- Posner, Richard A., “Utilitarianism, Economics, and Legal Theory” en 8 *Journal of Legal Studies* 103, 1979.
- The Economics of Justice*, Harvard University Press, 1981.
- “The Ethical and Political Basis of Wealth Maximization” en 8 *Hofstra Law Review*, 1980.
- “A Reply to Some Recent Criticisms of the Economic Theory of the Common Law”, 9 *Hofstra Law Review* 775, 1981.
- “Wealth Maximization Revisited”, 2 *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy* 85, 1985.
- The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Mass., 1991.
- Overcoming Law*, Harvard University Press, Mass., 1995
- The Problematics of Moral and Legal Theory*, Harvard University Press, Mass., 1999.
- Rawls, John, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Mass., 1971.

- Rizzo, Mario J., "The Mirage of Efficiency", 8 *Hofstra Law Review*, 1980.
- Sager, Lawrence G., "Pareto Superiority, Consent, and Justice", 8 *Hofstra Law Review*, 1980.
- Stordeur, Eduardo, "Derechos Iniciales de Propiedad y Eficiencia Económica: un problema para el Análisis Económico del Derecho Normativo" en *Opinión Jurídica* n° 7, Universidad de Medellín, Colombia, 2005.
- "La Eficiencia de Pareto y las Teorías Deontológicas: una respuesta a Kaplow & Shavell", inédito, admitido para su publicación en el próximo número del anuario de la Asociación Argentina de Filosofía Jurídica y Social. Una versión de este trabajo puede consultarse online en la página del Departamento de Investigaciones del CEMA.
- Tullock, Gordon, "Two Kinds of Legal Efficiency", n° 8 de *Hofstra Law Review*, 1980.
- Veljanovski, "Wealth Maximización, Law and Ethics", 1 *International Review of Law & Economics* 5, 1981.
- Waldrom, Jeremy, "Nozick and Locke: Filling the Space of Rights", 22 *Social Philosophy and Policy*, number 1, 2005
- Weinrib, Ernest J., "Utilitarianism, Economics and Legal Theory", 30 *U. de Toronto Legal Journal* 307, 1980.
- Williams, Bernard, "A Critique of Utilitarianism", en J.C Smart y Bernard Williams, *An Outline of a System of Utilitarian Ethics: For and Against*, Oxford, 1973.