

Maximización de la Riqueza y Tort Law:^{*}

Una Investigación Filosófica

Richard A. Posner¹

Por más de dos décadas he argumentado que lo que llamo “maximización de la riqueza” es la mejor guía positiva y normativa para Tort Law¹

Mi objetivo en este ensayo es volver a exponer, refinar y ampliar la versión filosófica de este argumento.

Introducción

Con “maximización de la riqueza” quiero indicar la política de intentar maximizar el valor agregado de todos los bienes y servicios, ya sea que se comercien en mercados formales (los bienes y servicios “económicos” usuales) o (en el caso de bienes y servicios “no-económicos”, como la vida, la recreación, la familia y la libertad de dolor y sufrimiento) que no se comercien en tales mercados. El “valor” es determinado por lo que el dueño de los bienes o el servicio exigiría para separarse de él o por lo que un no-dueño estaría dispuesto a pagar para obtenerlo - cualquiera de los dos sea mayor.² La “riqueza” es el valor total de todos los bienes y servicios “económicos” y “no-económicos” y ésta es maximizada cuando todos los bienes y servicios, en la medida en que esto sea posible, sean asignados a sus usos más rentables.

Es importante enfatizar la dimensión no-pecuniaria de la riqueza, especialmente para aquellos que no son economistas, quienes tienden rápidamente a asumir que a los economistas sólo les interesan los bienes y los servicios que tienen un precio en el mercado. Sin embargo concedo que la palabra “riqueza” es incompleta, aun cuando esté definida tan ampliamente como una medida de bienestar social. La razón es que el concepto de riqueza depende de cómo se asignen los derechos de propiedad y - lo que está relacionado estrechamente, ya que los derechos de propiedad son una fuente de riqueza - de la distribución de la riqueza en las personas. Para dar un ejemplo de Tort Law, la demanda de aire y agua limpios, y por lo consiguiente los contornos de la doctrina de la molestia pueden variar según si la pregunta es formulada como si la víctima de la contaminación estaría dispuesta a “vender” su “derecho” a estar libre de polución por un precio que el contaminador estaría dispuesto a pagar, o como si la víctima ofreciera “comprar” el derecho a aire o agua limpios al contaminador a un precio que este último estaría dispuesto a aceptar. La demanda es una función de ingreso y riqueza, como también del precio. Un indigente puede que no sea capaz de pagar nada por estar libre de contaminación, mientras que una

^{*} Tort Law son las normas que regulan la responsabilidad extracontractual. El autor agradece a William Landes y David Owen por sus comentarios sobre una versión anterior.

¹ Presidente de la Corte de Apelaciones de los EE.UU. del Séptimo Circuito y Profesor, Escuela de Derecho de la Universidad de Chicago.

persona acaudalada puede que exija un precio astronómico para renunciar a su derecho (si es que éste sea su derecho) al aire y agua limpios.

Quisiera prescindir de estos problemas de base y examinar la maximización de la riqueza en situaciones de responsabilidad extracontractual más comunes en que tales problemas no son agudos. Es poco probable que un pequeño (o también un gran) cambio en la doctrina de la responsabilidad extracontractual altere la distribución de la riqueza de tal manera que (como se ve en mi ejemplo de la contaminación) la eficiencia de las dos doctrinas no pueda ser comparada. Por lo tanto no es limitante restringir nuestra consideración a casos en que un enfoque de “Hand formula” - una persona que ha causado un daño en un accidente sería responsable frente a su víctima si, y sólo si, el costo esperado del accidente (esto es: la pérdida, tanto pecuniaria como no-pecuniaria, causada por el accidente si éste ocurre, multiplicada por la probabilidad de que éste ocurra) excede el costo de evitar el accidente (lo que nuevamente podría tener un componente no-pecuniario, como el tiempo) - generará un resultado idéntico cualquiera de las partes del accidente tenga un derecho prima facie a la protección legal de su actividad.

La Teoría Positiva

La idea de que el valor debiera ser determinado de esta forma y usado para guiar la política social hacia los accidentes y otras conductas peligrosas les parece natural a la mayoría de los economistas y abogados con conciencia económica. La idea de que sea la guía que las cortes han usado en la construcción de las doctrinas de Tort Law es mucho más controvertida, incluso entre los analistas económicos. Sin embargo, esta idea encuentra apoyo no sólo en mi trabajo y mi trabajo conjunto con William Landes, sino también en trabajos de Ronald Coase, Guido Calabresi, Steven Shavell y muchos otros³, aunque pocos lleguen tan lejos como Landes y yo en la defensa de la suficiencia descriptiva de la teoría. A pesar de ser tan controvertida, el lado positivo de la teoría de maximización de la riqueza de Tort Law no presenta problemas filosóficos demasiado interesantes. Sin duda que un filósofo de la ciencia podría ser contratado para evaluar el derecho de la teoría positiva a llamarse “científica” y sus afirmaciones de estar mejor fundada que las teorías rivales. También los esfuerzos hechos por Landes y yo para pasar por alto las antiguas disputas filosóficas acerca del significado de la intención y la causa por la vía de refundir estos conceptos en términos económicos que no se refieran a ellas⁴ podría causarle asombro a algunos filósofos.⁵ Sin embargo, es poco probable que la suficiencia filosófica de la teoría positiva le cause inquietud a mucha gente.

Diferente es el caso de la rama normativa de la teoría. La idea que en la medida de que Tort Law se separa de los dictados de la maximización de la riqueza debiera ser cambiado para adaptarse a ellos ha suscitado la ira de los filósofos y de los abogados con tendencias filosóficas, como Jules Coleman, Ronald Dworkin, Anthony Kronman y Ernest Weinrib. Los temas de filosofía moral y política que surgen de la teoría de maximización de la riqueza son el punto central de este ensayo.

La Teoría Negativa

A.- Normatividad Pragmática

Comenzaré mi discusión de la teoría normativa con la negación de tres conceptos. Primero, en parte por la razón dada anteriormente (el que la maximización de la riqueza dependa de la previa asignación de derechos de propiedad y de la distribución de la riqueza en las personas), yo no sostengo ni creo que la teoría sea suficiente para resolver todos los asuntos de política social, o siquiera todos los asuntos de Tort Law; segundo, no creo que ésta se pueda deducir de alguna teoría moral inclusiva, como el utilitarismo; y tercero, no creo que la riqueza en el sentido en que yo la uso, a pesar de lo amplio del sentido (recuerde que no es un concepto pecuniario aunque usa una métrica pecuniaria), tenga algún valor intrínseco, instrumental y posiblemente “último”, como se piensa que tienen el placer o la felicidad o el florecimiento humano o la buena voluntad en varias filosofías.

Todo esto les concedo a mis críticos.⁶ Pero ya no pienso que estas concesiones debiliten mi posición, porque me he vuelto profundamente escéptico en cuanto a los esfuerzos por construir sistemas morales coherentes. He llegado a creer que en nuestra sociedad las creencias morales en gran medida preceden, y no son mayormente afectadas por, las razones que pueden ser expuestas a favor o en contra de ellas. Sería, por ejemplo, extraordinariamente raro que alguien dijera, “Sé y creo que es malo torturar a los niños, pero me gustaría saber por qué es malo.” Uno puede que sea o no sea capaz de darle una razón; pero es muy poco probable que uno pudiera influenciar su creencia. Así es como cuando Bruce Ackerman, partiendo de principios básicos, termina por sugerir a sus lectores que “los derechos del simio hablante están más seguros que los del vegetal humano⁷, o que un feto tiene menos derechos que un delfín⁸, o que la única razón por la cual a los padres debiera prohibírseles matar a su hijo de un día es que podrían entregarle el bebé a otra persona⁹, la objeción correcta no es que Ackerman esté “equivocado”, sino que es quijotesco en suponer que un argumento pueda o deba alterar las creencias de la gente acerca de tales cosas. Es poco realista, como dijo Swift, suponer que uno puede convencer a una persona con argumentos de lo contrario de su posición cuando esta persona jamás necesitó de argumentos para ser convencida de ella; y es un signo de debilidad el abandonar una creencia moral profunda simplemente porque no se encuentra una buena respuesta a un argumento astuto.

No quiero decir que las creencias morales de las personas nunca cambian; ciertamente muchas de las mías lo han hecho, pero ellas cambian por experiencia más que por argumentación. Me atrevo a decir que algunos filósofos profesionales han llegado a posiciones morales por la vía de argumentar (por ejemplo el vegetarianismo), pero pienso que el llegar a creencias morales por esta vía es algo escaso aun entre filósofos y mucho más raro en el resto de la población.

Todas las teorías morales sistemáticas chocan con la inamovilidad de creencias morales sólidas por la vía de argumentar. El utilitarista consecuente tiene problemas para demostrar por qué no sería una buena idea ocasionalmente ahorcar a alguien que se sabe es inocente. Un Kantiano que, como Ackerman, cree que sólo seres dotados con “razón” tienen derechos morales tendrá dificultades para explicar por qué es malo matar a personas gravemente retardadas mentales o comatosas. El más grande de los abogados naturales (Aquinas) llegó, por la vía de la argumentación, a tales conclusiones como que la masturbación es un pecado mayor que violar a la propia madre y que prestar dinero por intereses está condenado por el mismo principio que condena la sodomía.¹⁰ Un Rawlsiano tiene dificultades para explicar por qué nuestros cerebros

no son un bien colectivo; un libertario de estilo Nozick le cuesta explicar por qué las contiendas de gladiadores están mal; y un maximizador de la riqueza se topará con vergüenzas muy similares a las que encontraron tanto el utilitarista y el Nozickiano cuando explore temas como la esclavitud, la discriminación y la asistencia social. No es probable encontrarse con estos temas directamente en Tort Law, pero una filosofía que es contradicha por nuestras intuiciones morales más profundas en varios casos de prueba podría creerse inadecuada para regir cualquier área de investigación moral.

Parece poco probable que la única razón para la insuficiencia de teorías morales como medio de persuasión para la acción en nuestra sociedad sea que no haya aparecido nadie aún que sea lo suficientemente inteligente para inventar una teoría convincente. Una explicación más plausible, postulada por Alasdair MacIntyre¹¹, es que las creencias morales de los norte-americanos modernos reflejan diferentes, y en una importante medida inconsecuentes, tradiciones de pensamiento moral: griega (platónica, aristotélica, estoica, pírrica, epicúrea), judía, católica, protestante (incluyendo la puritana), pragmática, liberal, utilitaria, científica (incluyendo darwiniana), freudiana, populista, individualista en el límite, humanitaria, igualitaria. Estas tradiciones no están, por supuesto, mezcladas en las mismas proporciones en cada norteamericano. Tan variadas son las mezclas, de hecho, que algunos norteamericanos parecen habitar diferentes universos morales que otros. Además, muy pocos viven totalmente dentro de una tradición, y aquellos que viven en más de una tienden a tener una serie de creencias morales que es internamente incoherente - por ejemplo, a favor del aborto, la libertad sexual, la eutanasia y la protección de animales depredadores, pero en contra del infanticidio, la pena de muerte, la libertad económica y que los seres humanos coman carne; a favor de las familias unidas, pero también del divorcio fácil; a favor de la democracia, pero también del privilegio académico. Así hay incoherencia tanto dentro de como entre individuos, y el teorizar moralmente no cambiará nada de esto.

Si esto es correcto, el enfoque filosófico más constructivo a la pregunta de si la maximización de la riqueza debiera guiar la Tort Law podría ser, más que considerar su suficiencia o su linaje como teoría moral, relacionarla con las numerosas tradiciones morales que puedan tener o implicar una posición acerca de la responsabilidad extracontractual. Si, como yo creo, la maximización de la riqueza calza bien con varias teorías morales y no ofende a ninguna, un sistema de responsabilidad extracontractual basado en la maximización de la riqueza podría merecerse estar al mando en nuestra sociedad.¹² Para decirlo de otra forma, la opinión pública irreflexiva que subyace a un sistema de Tort Law que se entiende y se explica de mejor manera en términos de la maximización de la riqueza atraviesa las principales tradiciones morales que se encuentran en nuestra sociedad.

B.- Ilustraciones

Restricciones de espacio y tiempo me obligan a limitarme a una explicación breve de la compatibilidad de la maximización de la riqueza con cinco teorías éticas: (1) el principio de Pareto, (2) el utilitarismo normativo, (3) la justicia correctiva aristotélica, (4) la deontología kantiana, y (5) el igualitarismo kantiano.

1.- El Principio de Pareto

Comenzaré con el principio de Pareto¹³, que es que un cambio (incluso un cambio causado por un accidente o una acción intencional) es bueno si beneficia al menos a una persona y no perjudica a nadie. Este es un principio “liberal”¹⁴ emparentado con el principio de Kant y Mill de que todos tienen derecho a la mayor cantidad de libertad posible mientras sea consistente con la libertad de todas las demás personas. El principio de Pareto protege a una persona de actividades dañinas realizadas por otros por la vía de insistir que todas las personas que son potencialmente perjudicadas por aquellas actividades consientan en los efectos que tendrán sobre ellas. Las personas normalmente consentirán en ser perjudicadas sólo si han recibido algún tipo de compensación, cuyo resultado es, haciendo un balance, que no han sido perjudicadas por la actividad dañina. Por el hecho de que requiere de unanimidad, el principio de Pareto en su forma pura evita las objeciones de mayoritarismo.

El principio de Pareto puede parecer incoherente con un sistema de Tort Law que no requiere responsabilidad estricta para todos los daños, aunque calza bien con la asignación de indemnización para agravios extracontractuales negligentes e intencionales. Incluso un régimen comprensivo de responsabilidad estricta sería sospechoso para un paretiano, porque en el caso de daños físicos graves, incluyendo la muerte, la compensación de agravios extracontractuales rara vez es una compensación completa. Sin embargo, un sistema de responsabilidad extracontractual dominado por el principio de la negligencia - resignado a otorgar cero recuperación en muchos casos de lesiones accidentales y menos de una compensación completa incluso en muchos casos en que se impone la responsabilidad, y que es muy costoso de operar (nuestro sistema de responsabilidad extracontractual)- podría aproximarse al óptimo de Pareto.

Para percibir esto se necesita una comprensión de que la compensación puede ser ex ante, en la forma de un ahorro de costos, así como ex post, en la forma de una sentencia o un acuerdo. Ex ante el costo (un costo “esperado” en la jerga económica) de un accidente tiene dos componentes: el costo esperado para el potencial perjudicador de ser considerado responsable y obligado a pagar los daños por haberle causado un daño a otra persona, y el costo esperado para la víctima potencial de ser lesionada en un accidente. La misma persona puede, por supuesto, ser tanto el perjudicador potencial como la víctima potencial: esto es común en los casos de choques; y en beneficio de la simplicidad limitaré mi atención a este tipo de casos. También eliminaré cualquier duda asociada con el concepto de un costo “esperado” por la vía de indicar que los costos esperados pueden transformarse en costos actuales más pequeños y seguros a través de un seguro: un seguro contra terceros en el caso del costo esperado de ser un perjudicador, un seguro contra accidentes en el caso del costo esperado de ser una víctima. Nadie compra un seguro ilimitado, por lo tanto la transformación de costos esperados a costos actuales no es completa. Sujeto a esta calificación, de la cual diré más en breve, un asegurado querrá minimizar la suma de las primas para los dos tipos de seguro. El balance entre los dos costos será diferente bajo negligencia y bajo responsabilidad estricta. El costo de un seguro contra terceros será menor bajo la anterior porque una proporción menor de accidentes crean responsabilidad bajo un régimen de negligencia que bajo uno de responsabilidad estricta. Pero por lo mismo el costo de un seguro contra accidentes será más alto bajo el régimen de negligencia porque más accidentes quedan sin compensación en el sistema de responsabilidad extracontractual bajo ese

régimen. Sin embargo, si la suma del costo de los seguros de responsabilidad y contra accidentes es menor bajo el régimen de negligencia, podría ser éste el régimen preferido. Y si es preferido por todos será el óptimo de Pareto aun si, ex post, algunas víctimas de accidentes sean perjudicadas por el régimen de negligencia. Serán perjudicadas porque un seguro contra accidentes no siempre da compensación completa, aunque sea sólo por el hecho de que un accidente puede reducir de tal forma la utilidad del dinero para la víctima que ésta no pagaría por el derecho de recibir lo recaudado por el seguro en el caso de tal accidente.¹⁵

Afirmo que la negligencia “puede ser” más que “es” el régimen preferible en el caso que acabo de exponer, precisamente porque existen costos del accidente que no son compensados. Aun si el monto total de seguros (tanto de accidente como contra terceros) del asegurado es menor bajo el régimen de negligencia, la suma de los costos actuales y esperados puede ser mayor bajo éste que bajo el de responsabilidad estricta - o, dependiendo de factores como incentivos diferenciados para la seguridad y diferentes costos de administración, podría ser menor.

En cualquier caso, es poco probable que todos sean beneficiados ex ante por una elección particular de doctrinas de responsabilidad extracontractual, pero esto es cierto en cualquier situación en que se invoque el concepto de Pareto: todas las transacciones “voluntarias” tienen algún efecto en terceras partes - o, si no todas las transacciones voluntarias individuales, todos los tipos de tales transacciones. Una serie de contratos voluntarios entre adultos completamente informados y que actúan por su propia y libre voluntad puede que altere los precios de los bienes o servicios involucrados en los contratos (o los precios de lo que se invierte en esos bienes o servicios) y por este hecho puede dañar a otras personas. Aun así, el concepto de Pareto mantiene por lo menos alguna fuerza normativa cuando uno se aproxima a él, lo que podría ser demostrado en el caso con respecto a una o más características doctrinarias o institucionales del sistema de responsabilidad extracontractual (o reformas en él) cuando es evaluado con el criterio de la maximización de la riqueza. Si la unanimidad es un criterio moralmente atractivo para la acción social, la casi unanimidad debiera ser atractiva también, aunque sea en menor grado.

2.- Utilitarismo Normativo

El siguiente sistema moral que quisiera comparar con la teoría de la maximización de la riqueza de Tort Law es el utilitarismo - el que le sigue apropiadamente, ya que a medida que relajamos progresivamente el criterio de unanimidad del principio de Pareto nos acercamos cada vez más al utilitarismo. Ofrezco la maximización de la riqueza como la norma del utilitarista normativo para determinar la responsabilidad extra-contractual.¹⁶ La oferta será rechazada de inmediato por cualquiera que piense que el utilitarismo normativo es inconsistente sin premisas utilitarias. El no imponer la responsabilidad extracontractual a un individuo o una empresa que no haya causado daños podría ser una buena regla para la maximización de la utilidad, pero si en un caso en particular la utilidad total sería maximizada por la vía de separarse de ella para promover la disuasión de acciones dañinas, ¿sobre que base utilitaria podría uno negarse a hacerlo? Los utilitaristas dan varias respuestas. Muchas son variantes de la proposición de que cualquiera separación hipotética sea propuesta por el crítico del utilitarismo no sería de hecho una maximización de la riqueza en el mundo real - a lo cual el crítico podría responder que los principios morales básicos deben, para ser tales, mantener-se en todos los mundos concebibles -

a lo que el utilitarista puede responder que todas las teorías morales, incluso una tan austera como la justicia como “fairness” de Rawls, dependen de ciertos hechos acerca del mundo y de la naturaleza humana.¹⁷

No quiero dejarme enredar en esta maraña. Es suficiente para mi propósito el que muchos, probablemente todos, los utilitaristas creen que no es factible maximizar la utilidad al por menor, por así decirlo. Ellos creen que una política de maximización de la utilidad dependería fuertemente de reglas, permitiendo algunas excepciones por supuesto, pero sin permitir una excepción general que permitiría que cualquier regla fuera pasada por alto cada vez que la se maximizaría la utilidad haciéndolo. La excepción general haría que la gente se sintiera insegura y por lo tanto infeliz, y, un punto que está relacionado, sería difícil encontrar a alguien o a alguna institución que podría ser encargada de hacer cumplir un poder discrecional tan amplio de forma justa e inteligente. Así, la excepción general no serviría para la maximización de la utilidad, y esto a su vez implica que los casos hipotéticos en que aplicarla incrementaría la utilidad no son sólo hipotéticos, sino ilusorios.¹⁸

No es factible formular juicios ad hoc acerca de la contribución neta a la utilidad agregada de alguna acción peligrosa o práctica que resulta en lesiones en particular - medir la infelicidad causada por la lesión y la infelicidad que habría sido causada por la precaución que la habría evitado. Si la utilidad ha de ser maximizada con respecto a actividades que causan accidentes, tendrá que hacerse de forma indirecta. En la medida en que los costos de una actividad peligrosa pueden ser traducidos a dinero a través de un seguro y comparados con los costos de minimizar el gasto del seguro a través de cambios en la responsabilidad o la regulación, las políticas públicas (incluyendo las reglas de responsabilidad) que son diseñadas para minimizar la suma de todos estos costos es más probable que sirvan para maximizar la utilidad que las políticas guiadas por cualquier otra norma. Los costos no asegurados de accidentes - los costos que el seguro no cubre - presentan una dificultad mayor. Sin embargo observamos que la mayoría de la gente asume felices riesgos menores de lesiones graves a cambio de beneficios modestos. Es poco probable que el prevenir que asuman esos riesgos, por ejemplo fijando un límite de velocidad de 15 km/h en todas las calles, sería una política que serviría para maximizar la utilidad. Los riesgos pueden ser valorados, y el comportamiento riesgoso puede ser optimizado por el sistema de responsabilidad extracontractual de la siguiente manera: haga un cálculo aproximado de lo que una persona cobraría por asumir el riesgo en cuestión (podría ser el riesgo de ser matado por un conductor que va a exceso de velocidad), divida ese número por el riesgo, e indemnice con el cociente si el riesgo se materializa.¹⁹ Así, si una persona exigiera US\$1 para ser expuesto a una probabilidad de uno en un millón de ser matada, la indemnización apropiada si fuese matada y el acusado se considerara responsable sería de US\$ 1 millón; si exigiera US\$ 25.000 para un riesgo de uno en cien, la indemnización apropiada sería de US\$ 2,5 millones. La indemnizaciones calculadas de esta forma debería darle a los potenciales acusados el incentivo “correcto” para tomar medidas de precaución por la vía de enfrentarlos con los costos esperados de precauciones para las víctimas potenciales, mientras que una indemnización mayor induciría a una inversión excesiva en tales precauciones y una indemnización menor sería una incentiva insuficiente.

No se podría probar que un sistema tal de responsabilidad extracontractual maximizaría la utilidad, ya que la utilidad es imperceptible e inmensurable, pero el utilitarismo normativo de sentido común que estoy defendiendo se basa en la idea de que es posible hacer predicciones

útiles, aunque sean aproximadas, acerca de qué reglas tienen más probabilidad que las alternativas (incluyendo las que sirven para maximizar la utilidad ad hoc, en vez de cualquier regla) de maximizar la utilidad, y la maximización de la riqueza es una buena candidata para ser esa regla, por lo menos en el área de Tort Law. Esto no debería sorprender, en vista de la cercana conexión histórica entre la idea de los economistas de la “riqueza” y la idea del filósofo utilitarista de la “utilidad”.²⁰ La prosperidad no lo es todo, pero para la mayoría de la gente es mucho; y porque la maximización de la riqueza no es un concepto estrechamente pecuniario, la noción del maximizador de la riqueza de la “prosperidad” incluye bienes no económicos, como la seguridad, el aire limpio, y las relaciones familiares satisfactorias, junto con bienes económicos. Es posible que algún cambio en Tort Law incrementaría la utilidad total aun si tuviese como resultado costos de seguro más altos y, quizás, no hubiese una reducción de accidentes. Esto podría pasar si, por ejemplo, el cambio tuviese como resultado una transferencia de ingresos a personas que obtendrían más utilidad del incremento a sus ingresos de lo que perderían los que hayan transferido el ingreso. De esta forma un utilitarista que pensaba que la gente pobre tiene más probabilidades de ser víctima de un accidente que la gente rica y que tiene una utilidad marginal del dinero más alta, podría estar a favor de la abolición de la defensa de la culpa concurrente. Pero como no existe ninguna manera de verificar tales suposiciones, el enfoque de maximización de la riqueza debería ser atractivo para el utilitarista normativo como una solución práctica al problema de como maximizar la utilidad de manera factible.

3.- Justicia Correctiva Aristotélica

Ahora quisiera enfocar mi atención a la tradición moral - que para mis propósitos es ilustrada adecuadamente por aspectos de las enseñanzas morales de Aristóteles y de Kant - en que la satisfacción de preferencias, ya sea sobre una base agregada o individual, es rechazada como base para deberes morales o legales. En la teoría de justicia correctiva de Aristóteles (a la que dos milenios y medio de filosofar han agregado muy poco),²¹ el deber de rectificar un mal es simplemente eso - un deber - más que un instrumento para lograr un fin social o incluso personal, como la disuasión o la felicidad. La teoría de Aristóteles está entrelazada con el concepto de pleonexia, o el tratar de obtener más de lo que a uno le corresponde. Los principios de la justicia distributiva establecen algún patrón de lo que se merece, y si alguien interrumpe ese patrón de mala manera, la justicia correctiva requiere que se restablezca el justo equilibrio.

Este principio que es muy atractivo intuitivamente provee un camino más directo para compensar agravios extracontractuales intencionales que el enfoque del maximizador de la riqueza. Pero cuando uno observa la articulación detallada de la doctrina de responsabilidad extracontractual intencional, la teoría de justicia correctiva rápidamente queda atrás, ya que el analista económico puede explicar las defensas a estos agravios, los detalles de las compensaciones (incluyendo por qué difieren de las compensaciones para otros agravios), los puntos en que coinciden con otras responsabilidades extra-contractuales (como, frecuentemente, la difamación) la relación con el crimen a un extremo y el rompimiento de contrato al otro, y en suma, el patrón general de responsabilidades por estos daños.²² La justicia correctiva puede que esté al volante, pero se necesita que la economía le diga al conductor cuando girar, detenerse, acelerar, etc..

Con respecto a las responsabilidades extracontractuales no intencionales, lo que implica la responsabilidad para (la mayoría de los) accidentes, la justicia correctiva no tiene ninguna fuerza. Uno puede, si quiere, decir del conductor que va a exceso de velocidad que es “pleonáxico” - queriendo más de lo que le corresponde en cuanto a las oportunidades de autosatisfacción que se hallan en el camino - pero cuesta ver qué se gana con esta nueva descripción. Hay muchas objeciones para eliminar la responsabilidad extracontractual para este o esto otro tipo de accidentes peligrosos, como a veces se hace, por ejemplo, en las leyes de compensación de trabajadores y en planes de compensación automovilísticos de “cero falta”. Sin embargo, la pérdida de la justicia correctiva no es una de las objeciones. La razón es que, como un aspecto de la carencia general de detalles en la teoría, no queda en absoluto claro cuáles arreglos institucionales conlleva la justicia correctiva. Si, como los opositores a la responsabilidad extracontractual creen, algún plan regulador alternativo controlara los accidentes de forma más eficaz - o por lo menos igual de eficazmente - y por un costo menor (o más justamente) que el sistema de responsabilidad extracontractual, no hay razón para criticar la teoría de Aristóteles. La teoría no excluye modos no tradicionales, como oblicuos o al por mayor, de rectificar las injusticias. No queda siquiera claro qué fundamento tendría un aristotélico para objetar la sustitución de la responsabilidad penal por la extracontractual como el régimen legal para agravios intencionales, si la sustitución pudiese ser defendida convincentemente como un método más justo, efectivo y barato de “corregir” este tipo de injusticias. Aun si la víctima no es compensada, con la condición de que el criminal es castigado de forma suficientemente grave, la víctima y el criminal se encuentran una vez más en un plano de igualdad (y aquí podemos percibir la conexión entre la justicia correctiva y redistributiva - “ojo por ojo”). Así quizás incluso en su aplicación más fundamental²³, la justicia correctiva provee sólo un apoyo débil para Tort Law. Pero éste no es el asunto. Lo que tiene la mayor importancia aquí es la conciliación entre el enfoque acerca de Tort Law de un maximizador de la riqueza y el de un aristotélico.

4.- Deontología Kantiana

La insistencia más enfática de que los deberes morales no se basan en preferencias viene de los kantianos, cuya tesis básica, en cuanto tiene relación con mi tema, es que está mal que una persona use a otra como un medio para lograr los fines de la primera persona - está mal, por lo tanto, usar el cuerpo de un trabajador como aporte a la manufactura de productos, o el cuerpo de un peatón como aporte al transporte de uno, sin su consentimiento. (Si consienten, entonces están siendo “usados” tanto para sus propios fines como para los del usuario.) Un kantiano, ya sea o no de tendencia igualitaria, probablemente no estará muy contento con la implicación de la teoría de la maximización de la riqueza de Tort Law en el sentido que una persona debería sentirse libre de conducir más rápido en un barrio pobre que en uno rico, porque los costos de accidente esperados son en promedio inferiores en el primero (siendo la magnitud de la pérdida si ocurre un accidente una función en parte del ingreso de la víctima), haciendo que el gasto óptimo de tiempo y otros recursos para evitar accidentes en el barrio más pobre sean también inferiores. Desde una perspectiva kantiana, este análisis parece tratar a las víctimas potenciales de accidentes simplemente como obstáculos a los fines de los perjudicadores potenciales.

¿Pero, es cierto que un sistema alternativo de Tort Law calzaría mejor con los principios morales kantianos? El kantiano, como el utilitarista, no considerará factible aplicar sus principios

directamente a actividades de moral dudosa, como el conducir a alta velocidad en barrios pobres. Él también necesita una regla; quizás un sistema de Tort Law orientado por el principio de la maximización de la riqueza es el mejor enfoque para el kantiano. Éste busca acomodar las actividades conflictivas de tal manera que se maximice el rango de actividad productiva. En la medida en que logra este objetivo, Tort Law impone de la misma forma tanto a perjudicadores potenciales como a víctimas potenciales (y a menudo éstas son la misma persona) la debida consideración por los planes, las metas, las elecciones, etc. del otro. Requiere de adaptación mutua, y si el sistema de Tort satisface (se aproxima a) la condición de Pareto entonces ésta será (o se aproximará a) las adaptaciones mutuas deseadas por todos. Un individuo que acepta un sistema de Tort Law porque, aunque puede que lo deje sin compensación por algunos accidentes en general éste promueve sus fines de mejor manera que cualquier otro sistema lo haría, no puede quejarse de que es un mero medio para los fines de los perjudicadores potenciales.

5.- Igualitarismo Kantiano

Algunos kantianos, sin embargo, podrían querer centrarse en las implicaciones no igualitarias de la maximización de la riqueza, como la que expone el ejemplo de andar a mayor velocidad en barrios pobres. Como demuestra el ejemplo, Tort Law interpretada en términos de la maximización de la riqueza tiende a ratificar más que a cambiar la distribución del ingreso o de la riqueza preexistente. La víctima del conductor negligente debe ser puesta de vuelta, tanto como sea posible, en la misma posición de la distribución del ingreso que ocupaba antes del accidente; pero una corolario es que algunas víctimas potenciales de accidentes reciben menos consideración que otras, simplemente porque son más pobres. Sin embargo, un igualitario sólo está en posición de objetar esta característica de Tort Law si puede demostrar que Tort Law es, por lo menos potencialmente, un método eficiente para hacer la distribución de la riqueza más igualitaria - lo que parece poco probable. Si las indemnizaciones en casos de agravio fuesen promedios en vez de individuales, las víctimas pobres serían sobre-compensadas y sus incentivos para la conducta segura se reducirían en forma proporcional; aparte de esta consecuencia, la homogeneización de indemnizaciones para las diferentes clases de ingresos daría como resultado una redistribución caprichosa de la riqueza de víctimas de accidentes ricas (que recibirían una compensación menor) a las víctimas pobres. La gran mayoría de la gente pobre no sería afectada. Quizás el sistema de Tort, mientras maximice la riqueza, es tan igualitario como es posible que sea.²⁴

Conclusiones

He intentado demostrar, de forma demasiado breve, temo, para llevar a una convicción completa, que un sistema de Tort Law guiado por la norma de la maximización de la riqueza es probable que sea coherente con las tradiciones morales más influyentes de nuestra sociedad. Esto no prueba que es el sistema indicado de tener, pero debería atenuar los ataques filosóficos que sufre.

1 Para la exposición más completa acerca de mi posición, véase William M. Landes & Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law* (1987); para la exposición más filosófica, véase Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence* (1990),

cap. 12-13 *passim*.

2 Posner, *supra*, nota 1, pp. 356-7.

3 Últimamente hemos visto la conversión de Richard Epstein a este punto de vista. Richard A. Epstein, *Holdouts, Externalities, and the Single Owner: One More Salute to Ronald Coase*, 36 *J.L. & Econ.* 553 (1993).

4 Distinguimos entre los daños intencionales y no intencionales por la vía de preguntar si el costo de evitar el daño era positivo - lo que requiere que el causante del daño invierta recursos para evitarlo (en cuyo caso el daño no fue intencional), o negativo - lo que requiere que el causante del daño invierta recursos para causarlo (en cuyo caso el daño fue intencional): Landes & Posner, *supra*, nota 1, cap. 6. Evitamos preguntas acerca de si la acción del demandado fue la causa o una de las causas del daño del demandante simplemente preguntando en cada caso si cargarle responsabilidad al demandado incrementaría la riqueza: *id.* Cap.8.

5 Por ejemplo, véase los ensayos en este tomo por John Finnis, *Intention in Tort Law*, y Tony Honoré, *Necessary and Sufficient Conditions in Tort Law* - Ed.

6 Notablemente Ronald M. Dworkin, cuyo artículo *Is Wealth a Value?*, 9 *J. Legal Stud.* 19L (1980), publicado de nuevo en Dworkin, *A Matter of Principle* (1985), cap.12, sigue siendo la mejor crítica, así como la crítica mejor escrita, de la maximización de la riqueza como principio ético.

7 Bruce A. Ackerman, *Social Justice in the Liberal State* (1980), 80. Véase la discusión en Posner, *supra*, nota 1, pp.336-40.

8 Ackerman, *supra*, nota 7, p.127.

9 *Id.*, p.129.

10 La violación es un uso “natural” de los órganos sexuales, la masturbación un uso no natural de ellos. Prestar dinero contra intereses es un intento de hacer que un metal infértil (el oro) procrea; la sodomía es una utilización igualmente estéril de los órganos sexuales.

11 Alisdair C. MacIntyre, *After Virtue: A Study in Moral Theory* (2a ed., 1984).

12 Este enfoque tiene alguna afinidad con la idea de Rawls del “consenso coincidente”, pero no es necesario considerar cuan cercana es la afinidad: véase John Rawls, *Political Liberalism* (1993), lect. 4.

13 A menudo se refiere a éste como la “eficiencia de Pareto”. El concepto de eficiencia implícito en el uso del criterio de la maximización de la riqueza es lo que se llama la “eficiencia Kaldor-Hicks”, o a veces “eficiencia de Pareto potencial”. Difiere de la eficiencia de Pareto en que no requiere que las personas perjudicadas por un cambio sean compensadas. Por lo tanto carece del aspecto de unanimidad que hace de la eficiencia de Pareto un principio ético tan atractivo.

14 Aunque puede generar implicancias no liberales, como se muestra en Amartya Sen, *The Impossibility of a Paretian Liberal*, 78 *J. Pol. Econ.* 152 (1970); pero no en los casos que se discutirán aquí.

15 El caso más claro es cuando la víctima muere en el accidente. En este caso el dinero del seguro será de utilidad para ella sólo en cuanto sea altruista hacia los sobrevivientes. Las indemnizaciones por daños de responsabilidad extracontractual (financiados en gran medida por seguros contra terceros) tienden a ser más generosas, aunque en muchos casos - en caso de muerte por ejemplo - la compensación aún no es completa. Pero ésta no es una consideración importante en una comparación entre negligencia y responsabilidad estricta, a menos que se piense que los dos regímenes producen una cantidad diferente de accidentes.

16 No discutiré aquí la elección entre reglas (como la negligencia) y la norma (como la responsabilidad estricta) en Tort Law. Para una discusión acerca de esa distinción, véase en general Posner, *supra*, nota 1, pp.44-8. La regla/elección normal tiene afinidades formales con la elección entre el utilitarismo normativo y de acción - los costos de información, por ejemplo, son una consideración crucial en ambas elecciones - pero adoptar la maximización de la riqueza como la “regla” del utilitarismo normativo no determinaría la elección puramente instrumental entre las reglas y la norma como principios de Tort Law.

17 Esta es la línea tomada en Stephen W. Ball, *Uncertainty in Moral Theory: An Epistemic Defense of Rule-Utilitarian Liberties*, 29 *Theory & Decision* 133 (1990).

18 La versión del utilitarismo que estoy defendiendo aquí es similar a lo que Lyons llama (sin intención peyorativa) “utilitarismo normativo primitivo”: David Lyons, *Forms and Limits of Utilitarianism*, (1965) cap. 4. Es perfectamente compatible con el utilitarismo de acción. Véase. Gerald F. Gaus, *Mill’s Theory of Mural Rules*, 58 *Australian J. Phil.* 265 (1980).

19 Véase Landes & Posner, *supra*, nota 4, p. 188.

20 Los economistas distinguen entre “riqueza” y “utilidad” a lo largo del eje de la certeza. Ambos conceptos coinciden para las personas que son neutras en relación al riesgo, pero divergen para los que prefieren el riesgo y los que lo evitan cuando una elección contiene una posibilidad más que una certeza de riqueza. Una persona que evita el riesgo, por ejemplo, preferirá (obtener mayor utilidad de) una posibilidad de 100% de obtener \$1 que un 10% de posibilidad de obtener \$10, aun si la riqueza esperada de las dos posibilidades es la misma. Uso la palabra “riqueza” ampliamente para contener la “utilidad” en tales ejemplos, pero no uso este último término en una discusión filosófica para evitar una confusión con el utilitarismo. La “utilidad” (en el sentido en que la usan los utilitaristas) para un ladrón de un producto que no podía comprar no tiene un estatus ético ni legitimidad en la maximización de la riqueza. No es una demanda apoyada por un precio de oferta.

21 A pesar de los esfuerzos por hacerlo ilustrados por Symposium *Corrective Justice and Formalism - The Care One Owes One’s Neighbors*, 77 *Iowa L. Rev.* 403 (1992).

22 Véase, por ejemplo, Landes & Posner, *supra*, nota 1, cap. 6.

23 Aristóteles parece haber estado preocupado por lo que nosotros llamaríamos agravios intencionales y haber contemplado su rectificación por medio de litigios privados análogos del litigio por agravios moderno.

24 En este aspecto, la significación del pago eventual para poner las compensaciones por agravios al alcance de todas las víctimas de agravios, aunque carentes en bienes actuales, no debería olvidarse.