

Ensayos

La riqueza no es un valor. Algunas reflexiones acerca de Dworkin y del análisis económico del derecho

Carlos F. Rosenkrantz

I

El objetivo de este ensayo es realizar algunas reflexiones acerca de los temas involucrados en el artículo que Dworkin publica en este número de la revista y, a través de ello, acerca del Análisis Económico del Derecho (AED).

Como no quiero ser criticado por los conocedores de la obra de Dworkin y Posner, debo advertir que soy consciente de que mucho de lo que pongo en boca de ambos no ha sido dicho literalmente por ellos. Creo, de todos modos, que mi descripción de sus ideas es correcta y que existe suficiente apoyo literal en sus obras para presentarlos del modo en que lo hago. Sin embargo, no me detendré en justificar mi presentación¹ pues mi interés es por las ideas más que por los hombres.

La idea central de Posner, y del AED, es que la riqueza es un valor. Así, para estos autores, el hecho de que en una sociedad los bienes estén en manos de quienes más los valoran, *ceteris paribus*, la convierte en una mejor sociedad.

Quizá esta afirmación sea compartida por muchos. Parece mejor que los bienes sean valorados por sus poseedores a que no lo sean. De hecho esta es la llave de la felicidad. Pero lo realmente idiosincrásico del AED es que considera, sin admitir prueba en contrario, que la medida en que uno valora un bien está dada por el precio que está dispuesto a pagar por él. Para estos autores quien paga más por un bien es, necesariamente, porque lo valora más y quien paga menos, porque lo valora menos. Usando una licencia podría decirse que para el AED el pago es la medida de todas las cosas.

En virtud de lo anterior el paradigma o ideal de distribución del AED es el mercado. El mercado (perfecto) es la única institución social que garantiza que los bienes queden en manos de los que quieren pagar los precios más altos. Cualquier otra distribución, por ejemplo, la realizada sobre la base de las necesidades o de la contribución al proceso productivo, no se corresponde necesariamente con la vocación de pago.

1. Véase Posner, Richard *Economic Analysis of Law*, Little Brown and Company, Boston, 2 ed. 1977; "Utilitarianism Economics and Legal Theory" *Journal of Legal Studies*, vol 8. pag. 103, 1979 y, especialmente, "The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication", *Hofstra Law Review*, vol. 8, 1980.

Ahora bien, si los mercados fuesen siempre posibles, el AED no sería una teoría acerca del rol del derecho en una sociedad. En ese caso, el derecho no tendría función alguna. Pero el AED reconoce como punto de partida que los mercados no son siempre posibles. Por ejemplo, el mercado no puede funcionar en aquellos casos en que todavía nadie sabe cuáles son “sus” bienes. Si yo no sé si soy propietario de la computadora con la que estoy escribiendo este ensayo, mal puedo pretender venderla en el mercado. Para venderla debo, primero, tener asignado sobre ella el derecho de propiedad. De este modo, la existencia del derecho de propiedad es una precondition del funcionamiento del mercado.

Por otro lado, aún en aquellas situaciones en que los derechos de propiedad ya han sido adjudicados, el mercado (perfecto) no puede funcionar en los casos en que las transacciones son imposibles. Así, si yo no sé quienes son aquellos que pueden dañar mi casa, mal puedo vender el derecho a realizar dicho daño. Por más que tenga un derecho de propiedad sobre mi casa, adjudicado por el estado, tal que puedo disponer de ella mediante venta o donación me será imposible realizar la transacción que requiere un mercado para poder existir como tal.

En circunstancias de imposibilidad de funcionamiento del mercado, para Posner y para el AED, el Estado debe intervenir para adjudicar los derechos de propiedad y para distribuir los bienes en juego, del modo en que lo haría el mercado, si hubiese podido funcionar. Por ello, para el AED el rol del derecho es remedar al mercado. Así, si vivimos en una comunidad donde no está determinado si X tiene derecho a realizar el ruido necesario para que sus máquinas productoras de caramelos puedan funcionar, o si es Y quien tiene el derecho a vivir rodeado del silencio necesario para que sus pájaros se puedan reproducir, el sistema jurídico debe decidir otorgando a X el derecho a hacer ruido, si este es capaz de pagar más por el ruido que Y por el silencio.²

Es claro que hay muchas presuposiciones en la idea central del AED. Por ejemplo, se presupone que del hecho que un bien sea adquirido en el mercado a un precio mayor que bienes alternativos se deduce que aquel es más valorado. Esto es simplemente falso. Si todos los integrantes de esa comunidad tuviesen distinta capacidad adquisitiva, el hecho de que un bien obtenga un precio más alto no dirá nada acerca de su valoración social. Así, para seguir con el ejemplo anterior, los amantes de los pájaros pueden valorarlos mucho más que el valor que adjudican los consumidores a los caramelos pero, por el hecho de ser más pobres que estos últimos, estarán imposibilitados de pagar en el mercado por los pájaros tanto como se paga por los caramelos.

De todos modos, a pesar de las presuposiciones, creo que existe cierto atractivo en las ideas de Posner. Por ejemplo, la idea de que la riqueza es un

2. El ideal que subyace al valor de la riqueza es el principio que en teoría económica es denominado Kaldor-Hicks. Un estado es Kaldor-Hicks simple y cuando las ganancias de quienes ganan con ese estado social son superiores a las pérdidas de quienes con él pierden, aún cuando quienes ganen no compensen a quienes pierden. Kaldor-Hicks, a diferencia de Pareto, es un ideal eminentemente agregativo en el sentido que sus recomendaciones no tienen para nada en cuenta la distribución de las ganancias de quienes ganan y las pérdidas de quienes pierden.

valor nos sirve para explicar un artículo del Código Civil Argentino al que consideramos intuitivamente justo.

En efecto, el artículo 2618 del Código dispone que “las molestias que ocasionen el humo, calor, olores, ruidos, vibraciones o daños similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia... según las circunstancias del caso, agrega el artículo, los jueces pueden disponer la indemnización de los daños o la cesación de las molestias... en la aplicación de esta disposición el juez debe contemporizar las exigencias de la producción y el respeto debido al uso regular de la propiedad”.

Del texto del artículo se infiere que en el derecho argentino es posible que un propietario sea condenado a soportar ruidos molestos, aún cuando excediesen la normal tolerancia, si las exigencias de la producción así lo aconsejaran. Por ello, si un juez decidiese un caso en esta dirección estaría amparado por el derecho vigente.

Creo que nuestra intuición es coincidente con el texto del artículo. La disposición es correcta pues no parece adecuado que una mera molestia, aunque ocasionada sin derecho, pueda justificar la decisión de hacer cesar una actividad industrial socialmente provechosa.

Ahora bien, la explicación de este artículo y de la intuición en la que se sustenta, no puede ser realizada en términos de derechos. La hipótesis es que el propietario obligado a soportar las molestias de una actividad socialmente provechosa tiene derecho a que no se ocasionen dichas molestias. Por ello, una explicación en términos de derechos nunca podría dar cuenta de la razón en virtud de la cual un juez puede autorizar a que se continúe con la producción de bienes. Según yo creo, una explicación posible de este artículo (aunque no la única) es el valor de la riqueza, es decir, el hecho que consideramos valioso que se produzcan bienes, aún cuando ello implique restringir ciertos derechos, cuando estos bienes son más valorados en el mercado que los derechos que restringimos. Justamente, esto es lo que Posner afirma.

II

Este es el lugar donde debo empezar con las ideas de Dworkin. Pare ello es preciso que reproduzca una distinción preliminar respecto de las distintas concepciones que existen del valor de la riqueza.³

En primer lugar, la riqueza puede concebirse como un valor supremo. Un valor es supremo si, por un lado, exige que intentemos su realización en todas las circunstancias posibles, aún a costa de todos los demás valores y, además, es un valor que debe realizarse en virtud de su mérito intrínseco. Así, un valor no sería supremo si estuviese subordinado a otro valor o si su realización sólo fuese un medio para la realización de un valor distinto. El placer, para todas las concepciones hedonistas, es un ejemplo de valor supremo.

Pero la riqueza puede concebirse como un valor distinto. En primer lugar, puede ser un valor meramente instrumental. Un valor es instrumental cuando su valor no es intrínseco, sino que deriva o es parasitario de otro valor para la

3. Véase Dworkin, Ronald “What is Equality? Part. II, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 10, 1981.

realización del cual aquel es un medio adecuado. Un ejemplo de valor instrumental, es el valor del dinero. Salvo que lo “reifiquemos”, es decir que lo convirtamos en una cosa con un valor independiente, el dinero sólo vale en tanto nos sirve para adquirir cosas que valoramos en sí.

En tercer lugar, la riqueza puede concebirse como un valor institucional, es decir como un valor propio de ciertas instituciones tal que su supremacía sólo se da en el contexto de estas últimas, siendo posible que en otros contextos otros valores sean supremos. Un ejemplo de un valor institucional es el valor del arrojo en el ejército o el valor de no estar obligado a decir la verdad, cuando uno es imputado en sede penal.

Todas estas distinciones son hechas por Dworkin en el artículo aquí publicado. Ahora bien, Dworkin refiriéndose a Posner, admite que no es necesario verlo como un defensor del valor supremo de la riqueza. Si lo fuese Posner debería afirmar que toda la sociedad en todo momento debe maximizar la riqueza. Pero Posner no hace eso. Como lo ha dejado recientemente en claro,⁴ sólo intenta defender que en una institución particular, más precisamente el derecho de la responsabilidad extracontractual, se debe intentar adjudicar, es decir resolver los casos judiciales, de tal modo que los bienes queden en manos de quienes más los valoran.

Sorprendentemente para quienes están convencidos del deontologismo de Dworkin, él cree que vista de esta manera la riqueza puede que sea un valor. Así, en “Why Efficiency”,⁵ sostiene que la riqueza puede ser un valor soberano en el dominio del “common law” y que es posible encontrar “una justificación Kantiana” para ella.

Este es el punto en contra del cual quiero argumentar aquí. Estoy convencido de que la riqueza no es un valor. O, mejor dicho, estoy convencido de que la riqueza no es un valor de ninguna de las instituciones del derecho privado, como, por ejemplo, la responsabilidad extracontractual. En lo que sigue procederé de la siguiente manera; primero, esbozaré las razones que Dworkin ofrece en pos de una justificación Kantiana de la riqueza. Luego describiré los requisitos que debe satisfacer toda justificación Kantiana. Por último, haré referencia a la idea de la “separación moral del trabajo” y a su importancia en todo argumento en contra de la aserción de que los bienes deben quedar en manos de quienes más los valoran. Todo lo anterior lo haré en forma extremadamente sucinta dado que los editores de esta revista sólo me pidieron un ensayo.

III

En “Why Efficiency” Dworkin sostiene que a partir de la obra de Posner es posible construir un punto importante en favor del valor de la riqueza, distinto a los que el mismo Posner ofrece. Lo llama el “principio del interés antecedente”, al que formula de la siguiente manera:

4. Véase Posner, Richard “The Ethical and Political Basis..”citado en nota 1.

5. Véase Dworkin, Ronald “Why Efficiency” en *A Matter of Principle*, Harvard University Press, 1985.

“Si una regla de distribución de recursos está en el interés antecedente de todos es justo usar esta regla, aún contra aquellos a quienes perjudica su adopción, siempre que ex ante los perjudicados no tengan más probabilidades de ser perjudicados que todos los demás”.

Dworkin sostiene que a pesar de su atractivo el “principio del interés antecedente” no nos puede servir como una regla para adjudicar casos judiciales. La razón, es que nos impone condiciones imposibles de satisfacer. Así, es imposible de satisfacer la condición de que la regla debe estar en el interés antecedente de todos. Dworkin afirma que respecto de aquellos perjudicados por su primera aplicación, y siempre habrá algún perjudicado en la primera aplicación, será falso que el principio beneficia su interés antecedente pues, por definición, nunca pudo haber habido una aplicación anterior a la primera que haya sido en su beneficio.

De todos modos, Dworkin cree que es posible construir un meta-principio que sí nos sirva para adjudicar casos judiciales en forma bastante apropiada. Llama a este meta-principio “Alfa”. De acuerdo con “Alfa”:

“los jueces deben aplicar “el principio del interés antecedente” siempre que ello beneficie a la inmensa mayoría de la gente, aún cuando existan personas que resultan perjudicados por la primera aplicación de dicho principio”.

“Alfa” es inmune a las críticas dirigidas contra el “principio del interés antecedente”. La razón es que “Alfa” no requiere que la primera aplicación del principio beneficie a todos. Basta que beneficie a la “inmensa mayoría”.

A pesar de que Alfa es mejor que el “principio del interés antecedente”, Dworkin cree que “Alfa” no puede ser aceptado.

En primer lugar, Dworkin cree que es un requisito ineludible de la corrección de todo principio que él pueda ser justificado sobre la base de razones que todos pueden entender y suscribir. Así, si un principio es inescrutable y sólo puede ser comprendido por algunos pocos “elegidos” no puede ser correcto.

Precisamente, en virtud de este requisito de publicidad de todo principio, Dworkin afirma que “Alfa” no es un buen principio. No todos pueden comprender lo que “Alfa” exige, pues para ello es necesario acceder a argumentos económicos muy difíciles y sofisticados.

En segundo lugar, Dworkin sostiene que “Alfa” presupone lo que quiere demostrar. Más precisamente, presupone que es justo que alguien soporte una carga, si ella es la consecuencia de un beneficio que recibió en el pasado, aún cuando no exista la posibilidad de rechazar este beneficio, es decir, aún cuando este beneficio sea obligatorio. Dworkin sostiene que, justamente, la idea de que un beneficio obligatorio pasado justifica una carga futura es lo que está en cuestión pues todos los que se oponen a “Alfa” creen que no puede aceptarse una compensación entre cargas y beneficios. Por lo tanto, para ellos, “Alfa” no es sino una afirmación dogmática sin soporte alguno.

No obstante estas críticas, Dworkin conserva su confianza en la posibilidad de encontrar una justificación Kantiana para el valor de la riqueza. En efecto, Dworkin afirma que es posible ofrecer otro meta-principio que conserve lo esencial de “Alfa” y, además, responda adecuadamente a las dos críticas arriba formuladas.

El meta-principio que Dworkin ofrece se llama “Beta”. La diferencia central entre “Alfa” y “Beta” es la función que cada uno de ellos cumple.

Mientras que “Alfa” es un meta-principio que sirve para resolver casos judiciales, “Beta” está pensado como un meta-principio que determina los requerimientos de la justicia, en relación con las cuestiones de la responsabilidad extracontractual. En otras palabras, mientras que en una contienda determinada los jueces pueden recurrir directamente a “Alfa” para dilucidar si A o B tiene razón, dado que “Alfa” establece una solución para dicha contienda, no pueden recurrir directamente a “Beta”, pues esta sólo establece las condiciones que debe satisfacer todo principio que pretenda resolver directamente una contienda.

“Beta” dice lo siguiente:

“una persona debería ser hecha responsable por los costos de los accidentes si esta responsabilidad le fuese asignada en virtud de un principio elegido en una comunidad ideal, por personas que votan movidos por un sentido de la justicia, con igual consideración y respeto por los demás, basados en información pública, confiable y fácil de conseguir”.

Dworkin cree en “Beta”. Según él, este principio puede justificar el valor de la riqueza. Así, afirma que “Beta” recomendaría algo parecido al test del juez Hand (véase *United States v. Carroll Towing Co.* 159 F. 2d. 169, 173 2d. Cir. 1947)⁶ como principio para decidir quién actuó con negligencia en un caso determinado y, por consiguiente, quién debe indemnizar los costos que causó. Más contundentemente, sostiene que “Beta” recomendaría principios de solución de controversias que maximizan la riqueza.

Ahora bien, ¿en virtud de qué razón personas que votan movidas por un sentido de la justicia con igual consideración y respeto por las demás basados en información pública, confiable y fácil de conseguir elegirían como principios de solución de controversias judiciales aquellos que maximizan la riqueza?

Dworkin no es terriblemente explícito al respecto ya que no describe en forma precisa la respuesta a esta cuestión. Quizá pueda explicarse esta falta de claridad por el hecho de que Dworkin no ha querido justificar la riqueza sino, más limitadamente, mostrar la forma en que ella podría ser justificada. Por ello, la falta de claridad antes aludida no puede serle imputada.

De todos modos, creo que es posible reconstruir las razones por las que Dworkin es llevado a creer que personas movidas por un sentido de la justicia pueden optar por “Beta”.

De acuerdo con Dworkin, el problema de las justificaciones usuales de la riqueza es que ignoran la separación de las personas, esto es el incontrastable hecho de que somos seres independientes y separados unos de otros de tal modo que la satisfacción de los intereses de los demás no necesariamente implica la satisfacción de nuestros propios intereses.

6. En dicho caso el Juez Learned Hand sostuvo que el deber de cuidado que todo demandado debe satisfacer, para evitar ser responsable de los danos que se le atribuyen, dependía de tres variables distintas: primero, la probabilidad de que el accidente ocurra; segundo, la gravedad del dano y, tercero, el costo que implicaría para el demandado las precauciones adecuadas para prevenir dicho dano. Hand, sostuvo que si el costo para el demandado, derivado de las medidas necesarias para prevenir la ocurrencia del accidente hubiese sido menor que el costo del accidente, descontado por la probabilidad de su ocurrencia, la conducta del demandado debía considerarse “negligente” y, por lo tanto, debía dar origen al deber de reparar los danos ocurridos.

Ello es así, pues la riqueza parece obligarnos a ser insensibles a las cuestiones de distribución. Así, la maximización de la riqueza es un mandato que puede arrojar como resultado que quienes más necesiten ciertos bienes no puedan acceder a ellos pues no son los que pueden pagar los precios más altos del mercado.

Dworkin cree que esta impresión no es necesariamente verdadera. Siempre que la riqueza sea sólo un valor instrumental para la realización de otros valores y sólo soberana en el contexto de ciertas instituciones (es decir institucional), las cuestiones de distribución pueden tener la importancia que se merecen. Así, por ejemplo, si la riqueza fuese soberana en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, pero esta última coexistiese con instituciones que distribuyen recursos de modo de satisfacer las necesidades más básicas, por ejemplo los impuestos, los partidarios de aquella no necesariamente serían insensibles a la distribución de los bienes.

Esta sensibilidad a la distribución exime a la riqueza de ignorar la separación de las personas y, en virtud de ello, podría ser elegida por personas movidas por un sentido de la justicia que suscriben “Beta”.

Estoy de acuerdo con Dworkin con que la riqueza, concebida de manera instrumental e institucional, es un gran candidato a principio de adjudicación de casos de responsabilidad civil por todos aquellos que aceptan el meta-principio “Beta”. También estoy de acuerdo con que un principio que aspira a maximizar la riqueza y, por lo tanto, se esfuerza para que los bienes quedan en manos de quienes están dispuestos a pagar más por ellos en el mercado, no necesariamente comete el pecado capital de ignorar la “separación de las personas”.

Mis razones para dudar del proyecto de Dworkin, es decir que la riqueza es un valor que puede afirmarse desde una perspectiva kantiana, es previa. Está relacionada con las exigencias mismas de una teoría Kantiana. A diferencia de Dworkin creo que estas exigencias son bastante más estrictas que las contenidas en el “principio de separación de las personas”. En los párrafos que siguen explicaré esta cuestión.

IV

En otro lugar, he intentado defender en extenso la idea de que el principio central de una teoría kantiana de la justicia es el “principio de la relevancia de las decisiones”⁷ (En adelante PRD). De acuerdo con este principio, los bienes deben distribuirse no para mejorar la situación de quienes están peor, como cree Rawls⁸, ni haciendo a todos iguales en la “igualdad no dominada”, como cree Ackerman⁹, sino, de manera de responder adecuadamente a las decisiones que cada uno de nosotros toma.

7. Véase, Rosenkrantz, Carlos *Liberal Egalitarianism: An Essay in Social Ethics*, on file, Yale Law Library, “La Justicia Correctiva y la Responsabilidad Extracontractual”, *Doxsa*, por aparecer, 1996.

8. Véase Rawls, John A *Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971.

9. Véase Ackerman, Bruce *Social Justice in the Liberal State*, Yale University Press, 1981. Hay traducción castellana bajo el título *La Justicia Social en el Estado Liberal*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España. 1993.

No interesan aquí todas las sutilezas necesarias para hacer que PRD sea un ideal político inteligible. Creo que la idea central es fácil de captar. Consiste en sostener que la mejor distribución es la que nos hace internalizar todos los costos y beneficios de nuestras decisiones. De todos modos, lo único importante en este contexto es destacar que PRD es más riguroso que el “principio de la separación de las personas” (En adelante PSP). Aquel, a diferencia de este, no sólo exige que nos tratemos como seres independientes unos de otros, tal que las ventajas de unos no sean compensadas con los sufrimientos de otros sino, además, que nos concibamos como agentes distintos capaces de actuar independientemente los unos de los otros y de asumir responsabilidad por lo que hacemos.

Un ejemplo nos ayudará a establecer las diferencias. Supóngase que A debe distribuir x entre B y C. En primer lugar, A puede distribuir x entre B y C de tal modo que ambos gocen de la misma utilidad (no de la máxima utilidad promedio como cree Harsanyi¹⁰, pues ello es insensible a cuestiones de distribución). En segundo lugar, A puede distribuir x de tal modo que B y C puedan desarrollar en idéntica medida sus respectivas capacidades (Sen¹¹ es partidario de esta forma de distribución). En tercer lugar, A puede distribuir x en partes iguales, independientemente de la utilidad o el desarrollo de las capacidades que cada uno pueda realizar con la porción de x que le toca. Pero, cuarto, A puede distribuir x entre B y C de tal modo que B y C se hagan cargo de las consecuencias perjudiciales de sus respectivas acciones y, como contrapartida, se beneficien con las consecuencias beneficiosas de las mismas.

Si x fuese maná, el cuarto criterio recomendaría la misma distribución que el tercero pues el maná, por definición, es independiente de lo que cada uno hace. Dada esta independencia los partidarios del cuarto criterio no podrán encontrar ninguna razón para darle a A más o menos maná que a B. Pero si x fuese cualquier otra cosa, por ejemplo un objeto producto del trabajo de A y de la inactividad de B, el cuarto criterio será distinto a todos los demás. Sólo el cuarto criterio recomendará una distribución que obligue a A y a B a internalizar los costos y beneficios del trabajo y de la inactividad con los que cada uno se ha comprometido.

Todos los criterios referidos en el párrafo precedente satisfacen PSP. Todos son sensibles a cuestiones de distribución. En efecto, ninguno de estos criterios requiere que afirmemos que las ventajas de unos se compensan con los sufrimientos de otros. Sin embargo, sólo la cuarta forma de distribución satisface PRD. Únicamente, cuando distribuimos x teniendo en cuenta lo que han hecho A y B, concebimos a A y a B como agentes distintos entre sí, capaces de actuar con independencia uno del otro y de asumir responsabilidad por lo que ambos hacen. Por el contrario, si el criterio de

10. Véase Harsanyi, John “Can the Maximin Principle serve as a Basis for Morality? A Critique of John Rawls’s theory” en *Essays on Ethics, Social Behaviour and Scientific Explanation*, Dordrecht, 1974; “Cardinal Utility in Welfare Economics and the Theory of Risk Taking” en *Journal of Political Economy*, vol. 61, 1953.

11. Véase Sen, Amartya “Equality of What?”, The Tanner Lecture on Human Values, 1989; “Capabilities and Well-being” en *The Quality of Life*, Martha Nussbaum Amartya Sen ed, Clarendon Press, 1993.

distribución de recursos que favorecemos ignora que A trabajó, tal que x no hubiese existido sin su trabajo, mientras que B permaneció inactivo, será, necesariamente, un criterio que considera a A y a B como si ambos fuesen un mismo agente.

Si PRD fuese un principio correcto los tribunales, cuando adjudican casos de responsabilidad extracontractual, no podrían asignar los bienes de tal modo que queden en manos de quienes más los valoran. La maximización de la riqueza es independiente de lo que hacemos y esta independencia, muchas veces, exigirá que distribuyamos recursos en forma totalmente desvinculada de nuestra actividad previa, ignorando, de esa manera, nuestro carácter de agentes separados unos de otros.

En efecto, supóngase que fuese preciso decidir si en un caso de daños provocado por un vehículo dedicado al transporte debe responder el demandado, no obstante que no hubo culpa de su parte, o si, por el contrario, no debe responder, no obstante que fue el causante del daño.

Si la riqueza fuese un valor, el caso debería decidirse del mismo modo en que la cuestión sería resuelta en el mercado. Así, si en nuestra sociedad hubiese más gente dispuesta a pagar más por el transporte barato que por la posibilidad de caminar despreocupadamente, el valor de la riqueza, tal como sugiere Posner¹², debería llevar a los jueces a concluir que el demandado no deba responder por el accidente que causó.

Pero si liberamos de responsabilidad al demandado violamos PRD. Ello es así pues si el demandado no es obligado a indemnizar, la víctima será quien cargará con consecuencias que no causó. El resultado será indiferente a lo que ella hizo en el pasado, será tratada como si hubiese sido la autora del daño cuando en realidad lo sufrió y con ello, ignorado su carácter de agente.

PRD, principio que nos obliga a distribuir los recursos teniendo en cuenta lo que cada uno ha hecho, nos impide afirmar el valor de la riqueza. De este modo, si PRD fuese un principio correcto, seres movidos por un sentido de la justicia que aceptan "Beta" no considerarían que una sociedad es mejor cuando la distribución de bienes que se hace a través del derecho remeda la que se lograría a través del mercado.

V

Pero la cuestión no termina aquí. Dworkin podría replicar a lo que he dicho aceptando la plausibilidad de PRD. Dworkin podría afirmar que dicho principio, y no PSP, constituye una de las bases de toda teoría kantiana de la justicia, y más específicamente, de toda teoría que pretenda resolver los casos de responsabilidad extracontractual. Sin embargo, y es aquí donde comienza la réplica, Dworkin podría sostener que PRD no es la única base de la moral kantiana.

No tiene sentido sostener, argumentaría Dworkin, tal como he sugerido más arriba, que PRD sea el único principio, o el principio más básico, de una moral kantiana. La razón es que PRD es radicalmente incompleto. En efecto,

12. Véase Landes William & Posner Richard *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press, 1987.

sin la ayuda de otro principio PRD no puede identificar a aquellas decisiones por las que debemos asumir responsabilidad y distinguirlas de aquellas otras que no exigen indemnización alguna.

Por ejemplo, no hacemos responsable a quien en leal competencia en el mercado provoca la bancarrota de otro, no obstante que esta última sea una consecuencia clara de las decisiones de aquel. Esto muestra, podría Dworkin continuar, que PRD por sí no sirve para realizar las distinciones que necesitamos hacer para que la teoría que ofrezco sea correcta pues si PRD fuese el único principio se debería responder por la bancarrota.

En otras palabras, aún cuando aceptemos PRD y consideremos a las decisiones como los únicos hechos relevantes, hasta tal punto que sólo ellas justifiquen un trato distinto entre dos personas, es necesario algún otro principio que nos ayude a resolver la cuestión de cuáles son las decisiones cuyas consecuencias debemos indemnizar.

Dworkin podría sostener que, justamente, la maximización de la riqueza es este segundo principio. De este modo, y variando minimamente lo que sugiere Posner y el AED, Dworkin afirmaría que sólo existe la obligación de indemnizar los daños cuando ellos son, primero, tal como exige PRD, la consecuencia de una decisión pero, segundo, cuando aquellas no maximizan la riqueza.

Tal como es fácil de apreciar, a pesar de la variación introducida, el caso del conductor y del peatón más arriba referido se resolvería de idéntica manera a la sugerida por AED: El conductor no debería indemnizar las consecuencias de sus decisión de manejar, esto es el daño de la víctima, si hay más gente dispuesta a pagar por el transporte barato que a pagar por caminar despreocupadamente. Ello es así, pues a pesar de que sólo las decisiones son relevantes, únicamente lo son si ellas no maximizan la riqueza.

En síntesis, la idea es que PRD, no obstante ser un principio correcto más plausible que PSP, por encontrarse subordinado al valor de la riqueza, no podría usarse como un argumento en contra de quienes sostienen que la riqueza es defendible en el contexto de una moral kantiana.

La réplica que pongo aquí en boca de Dworkin es sutil e importante. Si no fuese posible articular una respuesta que devuelva a PRD un rol central deberíamos aceptar que la maximización de la riqueza, concebida como un valor instrumental e institucional, puede ser un objetivo de una sociedad que pretende organizarse sobre bases kantianas.

Sin embargo, esta réplica no es tan fuerte como parece o, por lo menos, no es tan “kantiana” como parece. Para mostrar que ello es así es preciso recapacitar acerca de la relación entre PRD y el principio de maximización de la riqueza.

La réplica afirma que la maximización de la riqueza complementa a PRD, pues determina qué decisiones deben ser relevantes a los fines de determinar nuestra responsabilidad, es decir, qué decisiones son aquellas cuyas consecuencias debemos indemnizar.

Debe quedar en claro que la réplica no cree que la maximización de la riqueza supla a PRD, si así fuese sería incompatible con la verdad de PRD, sino que, por el contrario, la maximización de la riqueza se integra con PRD,

complementándolo. Por ello, la maximización de la riqueza no contradice a la moral kantiana.

El problema es que PRD no puede complementarse. La razón es sencilla. Al recurrir a la maximización de la riqueza como criterio o principio que no sirve para determinar cuáles son las decisiones por las que debemos asumir responsabilidad, suplimos la relevancia de nuestras decisiones pues las convertimos en meros instrumentos al servicio de un ideal.

En efecto, cuando complementamos PRD con el valor de la riqueza, las decisiones relevantes no son aquellas que deben ser relevantes por lo que son, o por las consecuencias que tienen, sino por el hecho de ayudar a realizar un estado de cosas que consideramos valioso, por razones independientes del valor intrínseco de las acciones necesarias para dicha realización. Por ello, la complementación de PRD, en realidad, equivale a su mediatización.

La reconsideración del ejemplo que usamos más arriba ayudará a ver el punto. De acuerdo con la réplica, el conductor no debería reparar las consecuencias de sus acciones, en este caso el daño de la víctima, no porque su acción de conducir como lo hizo no haya sido dañosa, sino porque si el derecho lo obligase a reparar a la víctima, la distribución de bienes resultante no remedaría a la del mercado. El mercado, dado que existe más gente dispuesta a pagar más por transporte barato que por caminar despreocupadamente, adjudicaría el derecho a no indemnizar a quienes ofrecen transporte barato.

Lo que intento decir más arriba es que si el conductor no repara las consecuencias dañosas de su conducta, en virtud de que ello es lo que sugiere el mercado, se viola PRD. Ello es así pues PRD exige que respondamos por las decisiones que adoptamos, y la réplica sólo exige que respondamos por las decisiones que determinan una distribución de bienes distinta a la del mercado.

VI

Lo anterior quizás sea suficiente para demostrar que no se puede justificar la riqueza sobre bases kantianas. Sin embargo, no puedo terminar este ensayo aquí pues no hay ninguna duda de que la réplica arroja sombras sobre la misma inteligibilidad de PRD y, con ello, sobre toda justificación Kantiana, por lo menos en tanto y cuanto PRD sea un principio central de esta última.

El punto es el siguiente: Es verdad que no estamos dispuestos a afirmar que todos son responsables por todas las consecuencias de todas las decisiones que toman. Así, no estamos dispuestos a hacer responsable a A por la bancarrota de B, si A la causó mediante una participación leal en el mercado. Ahora, ¿implica ello que hace falta algún principio que complemente a PRD? Si la respuesta fuese afirmativa, la justificación kantiana no sería posible pues he dicho que todo principio que intente complementar a PRD, en realidad, lo suple. Si la respuesta fuese negativa, deberíamos afirmar que todos debemos ser responsables por todas las consecuencias de todas nuestras decisiones debiendo repararlas sin excepción alguna, posición claramente inaceptable.

Creo que la salida de este dilema es posible. Como la salida de todos los verdaderos dilemas consiste en mostrar que ninguna de las dos alternativas es necesaria y que, por lo tanto, existen otras posibilidades.

Para entender lo que quiero decir es necesario distinguir entre PRD y los principios que regulan lo que Rawls ha llamado “la estructura básica de una sociedad”.¹³

La idea es la siguiente: La estructura básica de una sociedad está compuesta por diversas instituciones que limitan, fijan y determinan las condiciones dentro de las cuales debemos tomar decisiones. Así, las instituciones de la estructura básica determinan qué cantidad de recursos corresponden a cada uno, cuáles son las circunstancias en las que consideraremos que existe coerción, cuáles son las necesidades básicas que cada uno debe tener satisfechas en todo momento y lugar, cuál será el grado de información requerida para que se pueda afirmar que una decisión no ha sido el producto de un error excusable etc.

Pero, las instituciones de la estructura básica no determinan todo el entorno en el que debemos vivir. Dejan un lugar para que los individuos por sí solos forjen sus relaciones, realicen sus planes, en suma, lleven adelante su vida tal como ellos lo creen mejor.

Esta distinción puede expresarse, tal como lo han hecho varios autores recientemente, usando como metáfora la división moral del trabajo entre las instituciones de la estructura básica que determinan las condiciones dentro de las cuales debemos tomar decisiones y las decisiones que tomamos.

Ahora bien, PRD no es un principio que opere en el dominio de la estructura básica y, por lo tanto, sirva para determinar las condiciones dentro de las cuales debemos tomar decisiones. Quizá para la estructura básica el principio adecuado sea el Maximin, que exige que los recursos sociales sean distribuidos de modo de mejorar la situación de quienes están peor, o algún otro principio aún más igualitario que el Maximin. PRD no intenta determinar en modo alguno cómo debe organizarse la constitución política de un estado, las formas de adquirir la propiedad o la forma en que debe o puede organizarse la economía. PRD regula lo que debe hacerse en el espacio que la estructura básica deja para el individuo. Regula las relaciones personales que se dan dentro de esa estructura, determinando que en este espacio debemos hacernos cargo de las consecuencias de nuestras acciones, reparando los daños que ellas producen así como gozando de los beneficios que ellas reportan.

Si conservamos la distinción entre los principios que regulan la estructura básica y PRD podemos evitar el dilema mas arriba planteado, esto es, afirmar la existencia de algún principio que complemente a PRD o, si queremos dejar a PRD como el único principio, afirmar que debemos indemnizar todas las consecuencias de nuestras acciones.

En el ámbito regulado por PRD todas las acciones deben ser indemnizadas. Pero PRD no regula todos los ámbitos sino sólo aquellos no regulados por la estructura básica. En otras palabras, dado que PRD tiene un dominio limitado, sólo es soberano en el espacio no regulado por la estructura básica, no estamos obligados a abdicar de hacer las distinciones necesarias para determinar que sólo debemos asumir responsabilidad por algunas acciones.

13. Opus cit. nota 8 y *Political Liberalism*, Columbia University Pres, 1993.

Aunque creo que lo anterior es convincente antes de terminar quiero hacer referencia a un punto adicional, pues la división moral del trabajo, a su vez, permite un nuevo argumento dworkiniano.

Dworkin podría sostener que las reglas que rigen la responsabilidad extracontractual son, contrariamente a lo que yo he venido asumiendo, parte de los principios que regulan las instituciones de la estructura básica y, por lo tanto, que ellas no se encuentran sometidas a la tiranía de PRD. De este modo, el valor de la riqueza, como un valor de las reglas de responsabilidad extracontractual, no sería incompatible con PRD, por el hecho de que este último impera en un ámbito distinto. Consecuentemente, el valor de la riqueza podría ser defendido desde una visión Kantiana.

Creo que este argumento dworkiniano no es posible. Parte de un error que consiste en pensar que lo regulado por los principios de la estructura básica y lo regulado por PRD es una cuestión que, a su vez, no se encuentra reglada por ningún principio.

Si admitimos que existen diferencias importantes entre los principios que regulan la estructura básica y PRD y que, por lo tanto, la cuestión acerca de qué principio rige en cada caso no puede tratarse de una mera cuestión de preferencias, sólo podríamos sostener que la responsabilidad extracontractual es una cuestión reglada por los principios de la estructura básica si la responsabilidad extracontractual participase de las características que presentan todas las cuestiones reguladas por los principios de la estructura básica.

El punto crucial, entonces, es determinar cuáles son las características de las cuestiones reguladas por los principios de la estructura básica.

Creo que la característica central de estas cuestiones es que todas ellas son cuestiones institucionales en el sentido que en todas ellas carece de relevancia la relación entre personas determinadas. Son cuestiones donde, si existe alguna relación entre personas es entre todos los miembros de una sociedad “qua” miembros de esa sociedad y no entre A y B individualmente consideradas.

Si esto es correcto, no puede sostenerse que las reglas de la responsabilidad extracontractual sean parte de los principios que regulan la estructura básica. Ello es así pues la cuestión de la responsabilidad extracontractual no participa de esta característica. La responsabilidad extracontractual regula relaciones personales, relaciones entre personas determinadas, entre una persona vis a vis otra persona, caracterizadas por un hecho muy particular que permite identificar a esta relación y que consiste en que una, y no alguna de todas las demás, causó un daño a otra.¹⁴

Como consecuencia de esta particularidad de las reglas que regulan la responsabilidad extracontractual no se las puede concebir como parte de los principios que regulan la estructura básica. En virtud de su distinta naturaleza, es imposible pretender que cuestiones del tenor de cuándo se debe responder

14. La existencia de un particular vínculo entre el causante y la víctima de un dano ha sido muy bien desarrollada por Jules Coleman en *Risks and Wrongs*, Cambridge University Press, 1993.

y cuál es la medida de la indemnización, sean resueltas por principios destinados a resolver la cuestión de la distribución de los bienes, o de la organización de la propiedad.

En consecuencia no es posible sostener, como pretende la contraréplica dworkiniana, que la incompatibilidad de PRD con la maximización de la riqueza es irrelevante pues la maximización de la riqueza regula cuestiones donde PRD no es soberano.