

La Riqueza como Valor

por **D. Bruce Johnsen** (George Mason University)

[Wealth is Value](#), The Journal of Legal Studies · June 1986

Profesor Asistente Visitante de Management, Business and Public Group, Texas A&M University. Este artículo fue escrito mientras estaba estudiando como miembro de John M. Olin en Derecho y Economía en el Law & Economics Center de Emory University Law School. Quisiera expresar mi agradecimiento a Peter Aranson, Steve Crafton, David Haddock, Sumner La Croix, Henry Manne, John McGee y Tim Terrell por sus útiles comentarios y aliento sobre anteriores borradores.

Los últimos años han sido testigo de un aumento constante de la literatura académica dedicada a derecho y economía, con economistas, abogados y filósofos morales que se suman a la investigación. Sin embargo, la popularidad de derecho y economía no ha podido resolver la controversia sobre el rol adecuado del análisis económico de la ley. En un extremo, Richard Posner argumenta no sólo que el análisis económico, o más específicamente la hipótesis económica de maximización de la riqueza, es útil para explicar el desarrollo institucional del "derecho anglosajón jurisprudencial", sino también que es una valiosa norma ética sobre la cual los jueces deben basar conscientemente sus decisiones.¹ Del otro extremo, Ronald Dworkin sostiene que la maximización de la riqueza es a la vez poco atractiva e incoherente como norma ética y que sus fallas normativas ponen en duda su validez como hipótesis positiva o descriptiva.²



D. Bruce Johnsen, Profesor de Derecho en la Universidad George Mason, un centro líder en los estudios de Derecho y Economía.

Las opiniones divergentes de Posner y Dworkin sobre este tema han generado una animada polémica, con réplicas de Anthony Kronman,³ Jules Coleman,⁴ Guido Calabresi,⁵ y Mario Rizzo,⁶ entre otros. La discusión parece exhaustiva. A pesar de las apariencias, sin embargo, se argumenta en este ensayo que la discusión ha estado en gran parte mal dirigida y por lo tanto es incompleta por varias razones: en primer lugar, porque se refiere a una noción de riqueza social que es demasiado estrecha; segundo, porque no comprende el carácter esencial de la maximización de la riqueza y, en consecuencia, se centra únicamente en la eficiencia distributiva con exclusión de la eficiencia productiva; y, finalmente, porque no se ha limi-

¹ Richard A. Posner, [Utilitarianism, Economics, and Legal Theory](#), 8 J. Legal Stud. 103, 103 (1979) (en adelante citado como Utilitarianism). Véase también Richard A. Posner, [The Value of Wealth: A Comment on Dworkin and Kronman](#), 9 J. Legal Stud. 243 (1980); y Richard A. Posner, [The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication](#), 8 Hofstra L. Rev. 487 (1980).

² Ronald M. Dworkin, [Is Wealth a Value?](#) 9 J. Legal Stud. 191 (1980). Véase también Ronald Dworkin, [Why Efficiency? A Response to Professors Calabresi and Posner](#) 8 Hofstra L. Rev. 563 (1980).

³ Anthony T. Kronman, [Wealth Maximization as a Normative Principle](#), 9 J. Legal Stud. 227 (1980).

⁴ Jules L. Coleman, [Efficiency, Utility, and Wealth Maximization](#), 8 Hofstra L. Rev. 509 (1980).

⁵ Guido Calabresi, [About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin](#), 8 Hofstra L. Rev. 553 (1980).

⁶ Mario J. Rizzo, [The Mirage of Efficiency](#), 8 Hofstra L. Rev. 641 (1980).

tado al contexto de las sentencias del derecho consuetudinario. Cuando la maximización de la riqueza social es entendida y correctamente aplicada, su rol en el razonamiento jurídico se torna más claro. La maximización de la riqueza es una norma ética atractiva para la sentencia del *common law* y es entonces una pregunta bien definida que puede ser mejor respondida.

Antes de dilucidar estas deficiencias, puede ser útil sentar las bases para la investigación narrando la posición original de Posner y la posterior respuesta de Dworkin. Creyendo como yo que la discusión tomó un giro equivocado al principio, no será necesario centrarse en las contribuciones a la controversia de autores posteriores.

I. La Controversia

Posner comienza la polémica en su ensayo *Utilitarianism, Economics, and Legal Theory* al negar la congruencia de la economía y el utilitarismo. El cálculo hedónico del utilitarismo afirma la maximización de la felicidad, o "el excedente de placer sobre dolor", mientras que la teoría económica afirma la maximización de la riqueza, definida por Posner como "el valor en dólares o en dólares equivalentes... de todo en la sociedad."⁷ Según Posner, la maximización de la riqueza sirve tanto como hipótesis positiva como normativa. Como hipótesis normativa afirma que es superior al utilitarismo al proporcionar una base ética para las sentencias del derecho consuetudinario, juzgada por dos criterios: su adecuación formal, incluida la coherencia lógica, la completitud y el carácter definido; y la consistencia de sus preceptos con "intuiciones éticas ampliamente compartidas".⁸ La maximización de la riqueza gana la prueba de adecuación formal sobre el utilitarismo porque la riqueza, al menos potencialmente mensurable, está definida más claramente que la felicidad.

Además, a diferencia del utilitarismo, la maximización de la riqueza no sufre de lo que Posner describe como un problema de "monstruosidad moral" y, por lo tanto, es más compatible con intuiciones éticas ampliamente compartidas. El problema de monstruosidad moral tiene dos formas. La primera forma consiste en el fracaso del utilitarismo en distinguir entre diferentes tipos de placer. Para mantener la consistencia lógica, los utilitaristas deben sopesar el placer disfrutado por un asesino psicótico en la misma escala que el placer derivado por un sanador. Seguramente, tal procedimiento es chocante para la intuición ética de la mayoría de la gente. La segunda forma de monstruosidad moral consiste en la inclinación del utilitarista a sacrificar los intereses del individuo a favor de los del grupo, lo que, en otro extremo, también es chocante para la intuición ética de la mayoría de la gente.

Posner nos dice que, puesto que el término de valor en la definición de riqueza se define como disposición al pago, la maximización de la riqueza sirve como restricción en la búsqueda del placer y nos permite distinguir entre la mera capacidad de placer y la producción para los demás. Esto se debe a que la maximización de la riqueza, basada en la disposición a pagar, sólo cuenta las preferencias registradas en un mercado caracterizado por transferencias compensadas. Sobre esta base Posner considera que la maximización de la riqueza conduce a una combinación éticamente atractiva de felicidad, derechos y compartir con los demás. En particular, la maximización de la riqueza implica una distribución inicial de derechos a sus poseedores naturales, mercados libres en los cuales estos derechos pueden ser reasignados

⁷ Posner, *Utilitarianism*, *supra* nota 1, en 119.

⁸ Id. en 110, 111. Posner también ofrece la supervivencia en un entorno competitivo como un criterio para evaluar una teoría ética, pero la rechaza en el presente contexto como incapaz de distinguir la economía del utilitarismo.

de vez en cuando, normas legales que simulan la asignación del mercado cuando los costos de transacción prohíben el intercambio, un sistema de remedios legales para rectificar y disuadir las invasiones de los derechos, y, finalmente, un sistema de moralidad personal para reducir los costos de transacción del mercado.⁹

Dworkin responde a la norma de maximización de riqueza de Posner en su ensayo *Is Wealth a Value?* Comienza observando que *la maximización de la riqueza, tal como se define, se logra cuando los bienes y otros recursos están en manos de quienes más los valoran.*¹⁰ Luego cuestiona si la maximización de la riqueza es una meta social digna, preguntándose por qué una sociedad con más riqueza sería mejor o mejor que una sociedad con menos. Para que maximizar la riqueza social sea un objetivo digno, advierte Dworkin, se corre el riesgo de cometer el error de *personificar la sociedad.*¹¹ Sin embargo, ofrece varias explicaciones posibles de por qué la maximización de la riqueza social puede ser un objetivo digno, en sus versiones inmodesta y modesta:

*(I) La riqueza social puede considerarse como un componente del valor social, es decir, algo que vale la pena por sí mismo. Hay dos versiones de esta afirmación. (A) La versión inmodesta sostiene que la riqueza social es el único componente de valor social. Sostiene que el único respeto en el que una sociedad puede estar mejor o peor que otra es que puede tener más riqueza social. (B) La versión modesta argumenta que la riqueza social es un componente del valor social, entre otros. Una sociedad está por tanto mejor que otra si tiene más riqueza, pero podría estar peor en general cuando se tengan en cuenta otros componentes del valor, incluidos los componentes distributivos.*¹²

Dworkin utiliza el siguiente ejemplo para rechazar la afirmación inmodesta de que la riqueza social es el único componente del valor social. Derek tiene un libro que valora en \$ 2.00. Amartya quiere el libro y está dispuesto a pagar \$ 3.00 por él, pero como los costos de transacción superan \$ 1.00 no puede haber un intercambio voluntario entre ellos. Dworkin pregunta entonces si, puesto el caso de que un tirano omnisciente transfiriera el libro de Derek a Amartya sin costo alguno sin compensar a Derek, la Sociedad 2 (la sociedad post-transferencia) sería "en algún aspecto superior" a la Sociedad 1.¹³ Según Dworkin, a menos que la respuesta a esta pregunta sea un "sí" inequívoco, la afirmación inmodesta de que la riqueza social es el único componente del valor social debe fallar. Dworkin afirma que la mayoría de nosotros estaría de acuerdo en que la Sociedad 2 no está mejor que la Sociedad 1 en ningún aspecto. Que los bienes estén en manos de aquellos dispuestos a pagar más por ellos, argumenta, es moralmente irrelevante. Luego concluye



Ronald Myles Dworkin (1913-2013)
Fotografía tomada en 2008
[Is democracy possible here?](#)
[Principles for a new political debate](#)
(2006)

⁹ Id. en 127.

¹⁰ Dworkin, *Is Wealth a Value?* *supra* nota 2, en 191.

¹¹ Id. en 194.

¹² Id. en 195.

¹³ Id. en 197 (subrayado omitido).

que "el dinero o su equivalente" puede ser útil para permitir que la gente "acceda a una vida más valiosa, exitosa, feliz o moral", pero que cualquiera que lo considere en más que eso es un fetichista de papelitos de color verde.¹⁴

Los comentarios anteriores son, obviamente, a modo de introducción. En el resto de este ensayo argumento en apoyo de la que Dworkin llama la afirmación inmodesta, que la riqueza social sea el único componente de valor social. En la sección II, reviso primero la hipótesis positiva de maximización de la riqueza, aprovechando la oportunidad para aclarar algunos conceptos erróneos aparentes y escudriñando más partes seleccionadas de la discusión entre Posner y Dworkin. Cuando se entiende correctamente la definición de riqueza y se reconoce adecuadamente el papel de la eficiencia productiva en el cálculo de la riqueza social, no se sigue la inferencia de que la transferencia de libros de Dworkin necesariamente aumente la riqueza social. Por lo tanto, su rechazo de la pretensión inmodesta está equivocado. En la Sección III, examino las implicancias de mi análisis de la Sección II para el proceso de derecho consuetudinario. Dado que el mecanismo preciso por el cual el derecho logra la eficiencia no está claro, bosquejo un modelo aproximado de acción judicial que enfatiza adecuadamente la eficiencia productiva sobre la eficiencia distributiva en el proceso de maximización de la riqueza social. Una de las implicancias más interesantes de este modelo es que, al establecer normas legales para maximizar la riqueza social, el poder judicial debe considerar sus propios costos de medición además de los costos impuestos directamente a los miembros de la sociedad en general. Como medir es costoso, el razonamiento sobre el cual se basa una regla legal puede alejarse de cualquier tipo de análisis obvio de eficiencia. Que los jueces hablan en lenguaje llano y no en el lenguaje de la teoría económica no es un accidente; esto está implícito en maximizar la riqueza. Finalmente, en la Sección IV, hago algunos comentarios finales, entre ellos que, si los jueces maximizaran la riqueza social conscientemente, deberían hacerlo sólo en un sentido mucho más estrecho de lo que sugiere el enunciado.

II. La hipótesis positiva de maximización de la riqueza

Una hipótesis positiva, como observa Posner, es la que produce implicancias refutables sobre el tema que pretende explicar. En este sentido, una hipótesis positiva es puramente descriptiva de cómo el mundo "es" y agnóstica acerca de cómo el mundo "debería" ser. Hay dos criterios importantes para evaluar las hipótesis positivas, uno de los cuales corresponde estrechamente al primer criterio de Posner para evaluar una hipótesis normativa.¹⁵ Es la prueba de adecuación formal. Como una hipótesis normativa, una hipótesis positiva debe ser lógicamente coherente, completa y definida. Es un lenguaje -o un vocabulario- que compone una tautología para definir elementos relevantes del mundo exhaustivamente. El segundo criterio para evaluar una hipótesis positiva es la consistencia de sus implicancias con hechos medidos del mundo real. Esta es la prueba de contenido sustantivo. Cuanto más poder predictivo tenga una hipótesis positiva, mayor será su contenido sustantivo. Debe entenderse que el requisito de definición del criterio de adecuación formal influye directamente sobre el poder predictivo de la hipótesis. A menos que las implicancias de la hipótesis estén razonablemente

¹⁴ Id. en 201.

¹⁵ Por ejemplo, Milton Friedman, *The Methodology of Positive Economics*, in Readings in Microeconomics 23, 26-31 (William Breit & Harold M. Hochman eds. 2d ed. 1971). [*N. del T. El texto está incluido en The Philosophy of Economics, 3rd edition, editado por Daniel Hausman*]

definidas -es decir, a menos que contengan elementos medibles- no tendrá poder predictivo ni contenido sustantivo.¹⁶

Definición de Riqueza

La hipótesis positiva de maximización de la riqueza afirma que los individuos se comportan "como si" conscientemente buscaran maximizar su propia riqueza. La riqueza individual se define como el valor neto de todos los bienes disponibles para uso exclusivo de un individuo a través del tiempo descontado al presente a la tasa de interés apropiada. A diferencia de la definición de riqueza ofrecida por Posner, esta definición hace hincapié en la naturaleza stock de la riqueza, que implica implícitamente flujos de valor a través del tiempo en lugar de simplemente valores en un momento dado.¹⁷ Más adelante en este ensayo voy a demostrar que esta calificación de la definición de Posner de la riqueza tiene implicancias importantes sobre cómo la riqueza social se incrementa en el curso del tiempo.

Además de esta deficiencia en la definición de riqueza de Posner, su definición de valor también erra el tiro. Posner define valor como disposición a pagar. Para ser exactos, el valor se define como la voluntad de renunciar a otros bienes valorados. La distinción está lejos de ser trivial, ya que gran parte de aquello a lo que un individuo renuncia para establecer el uso exclusivo de bienes valorados no siempre se transfiere a otros como pago; en su lugar, puede disiparse. Un ejemplo es el valor del tiempo gastado parado en la fila para comprar boletos de Wimbledon a un precio de £ 20 cada uno.¹⁸ Además de transferir 20 libras esterlinas al vendedor de boletos, el comprador del boleto también debe renunciar al tiempo que debe permanecer en la fila para comprar los boletos. Sin duda este tiempo es valioso en otros usos, y lo más importante, su valor no será transferido al vendedor de boletos. En lugar de ello, se disipará.¹⁹ Como demos-



Juez Richard Allen Posner
[About Posner](#)

¹⁶ Así, el funcionamiento de la ciencia positiva, entre otras cosas, está limitado por nuestra capacidad, o incapacidad, de medir los elementos relevantes del mundo que nos rodea.

¹⁷ Al parecer, el concepto de utilidad no distingue entre valores de existencias y flujos, al igual que la riqueza. Esto puede explicar el desarrollo del llamado utilitarismo de reglas a partir del utilitarismo tradicional. [El utilitarismo de reglas es una forma de utilitarismo que dice que una acción es correcta, ya que se ajusta a una regla que conduce al bien más grande, o que "la corrección o incorrección de una acción particular es una función de la corrección de la regla de la que es una instancia". (Garner, Richard T.; Bernard Rosen (1967). *Moral Philosophy: A Systematic Introduction to Normative Ethics and Meta-ethics*). Para los utilitaristas de reglas, la corrección de una regla está determinada por la cantidad de bien que produce al seguirla. En cambio, los utilitaristas de acto juzgan un acto en términos de las consecuencias de sólo ese acto (como detenerse en una luz roja), en lugar de juzgar si se ha adherido fielmente a la regla de la cual fue una instancia (como, "parar siempre en las luces rojas"). Los utilitaristas de reglas argumentan que seguir las reglas que tiendan a conducir al bien mayor tendrán mejores consecuencias en general que permitir que se hagan excepciones en casos individuales, incluso si se pueden demostrar mejores consecuencias en esos casos. Véase Brad Hooker, [Rule Consequentialism](#), The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2016 Ed.), Edward N. Zalta ed.]

¹⁸ Para un excelente análisis de cómo los valores de los recursos, o rentas económicas, se disipan por las colas, véase Yoram Barzel, [A Theory of Rationing by Waiting](#), 17 J. Law & Econ. 73 (1974).

¹⁹ Tal vez el costo no monetario de obtener boletos de Wimbledon explica por qué Dworkin no vendería por £ 50 entradas ganadas en la lotería de Wimbledon, pero tampoco pagaría £ 20 para comprar los boletos si no ganó en la lotería. Ver Dworkin, [Is Wealth a Value?](#) Supra nota 2, en 192.

traré, esta distinción también tiene implicancias importantes sobre cómo la riqueza social aumenta con el tiempo.

Volvamos ahora a reconsiderar la definición de riqueza de Posner: *valor en dólares o equivalente en dólares de todo en la sociedad*, ignorando sus deficiencias por el momento. Todo en la sociedad consiste de todos los bienes económicos. Un bien económico se define como cualquier cosa de la que más se prefiere a menos. Todos los bienes económicos tienen valor en el sentido de que para obtener más de cualquier bien estamos dispuestos a renunciar a alguna cantidad de cualquier otro bien.²⁰ El valor que asignamos a un bien representa la intensidad de nuestro deseo de tener un control exclusivo sobre él. El valor que asignamos a un bien representa la intensidad de nuestro deseo de tener un control exclusivo sobre él. Luego, consideren el concepto de escasez, el triste hecho de que para obtener más de cualquier bien debemos renunciar a otros bienes valorados. Al tratar de maximizar estamos limitados por la escasez. Debemos hacer concesiones (*trade-offs*) entre varios bienes, con nuestras opciones resultantes determinadas por nuestra voluntad de renunciar a alternativas que también valoramos. La disposición a renunciar a otros bienes, entonces, no es una restricción arbitraria a la maximización imaginada por los economistas; es una manera de definir lo que la gente maximiza que parece coherente con nuestras observaciones del mundo.

La tentación entre no economistas, e incluso entre algunos economistas, es pensar que la definición de riqueza se aplica sólo a bienes tangibles o incluso a los papelitos verdes. Esta tentación debe ser resistida. La definición se aplica ampliamente (como lo exige nuestro criterio de adecuación formal) a "*todas* las cosas valiosas que son escasas",²¹ desde los tangibles más comunes, como los cañones y la mantequilla, a los intangibles más metafísicos, como el "logro de las propias capacidades exclusivamente humanas."²² Ampliamente definida, la riqueza no es sólo un valor -la riqueza *es* el valor.²³ En la contabilización de todas las cosas valiosas que son escasas, esta definición encaja perfectamente con la afirmación inmodesta de que la riqueza social es el único componente del valor social.²⁴

²⁰ A diferencia de Dworkin, no hago ninguna distinción entre la cantidad máxima que un individuo pagará para obtener algún bien y la cantidad mínima que aceptará por el bien si ya lo tiene. Haciendo abstracción de problemas de indivisibilidades, estas cantidades serán iguales en el margen porque los efectos del ingreso serán triviales. Id. en 192.

²¹ Posner, *Utilitarianism*, *supra* nota 1, en 125 (sin cursivas en el original).

²² C. B. MacPherson, *The Maximization of Democracy*, en Philosophy, Politics, and Society 83, 84 (P. Laslett, W. Runciman, & P. Skinner eds., 1978). Esta definición de riqueza se aplica incluso a algo que podríamos llamar justicia. Sin duda, la justicia es una cosa de valor para la cual la mayoría de nosotros estamos dispuestos a renunciar a una cantidad de otros bienes valorados. Y, por cierto, la justicia es escasa en el sentido de que debemos renunciar a otros bienes para obtener más de ella. Un ejemplo es la compensación hecha en nuestro propio sistema de justicia penal, en el cual se renuncia a la conveniencia procesal para permitirle al acusado una presunción de inocencia. Dworkin más tarde rechaza como sin sentido la noción de un trade-off entre justicia y eficiencia. Estoy de acuerdo. El trade-off adecuado es entre justicia y todos los demás bienes, ya que la eficiencia se define como el conjunto óptimo de trade-offs entre todos los bienes escasos. Dworkin, *Why Efficiency?* *supra* nota 2.

²³ El uso de Dworkin del término "valor social", que él nunca define, es por lo tanto anómalo. La definición de riqueza aquí afirmada parece ser el equivalente analítico de la propuesta por George J. Stigler en *Wealth, and Possibly Liberty*, 7 J. Legal Stud. 213 (1978). Mis gracias a Peter Aranson por este punto.

²⁴ ¿Tiene sentido derivar una función de riqueza social de la riqueza definida sobre los individuos? Al tratar con este problema hay que tener en cuenta la precaución de Dworkin de que al hacerlo se corre el riesgo de cometer el error de personificar a la sociedad. Argumentaré más adelante en este ensayo que, cuando se reconoce adecuadamente la importancia de la eficiencia productiva en el proceso de maximización de la riqueza social, el problema de personificación de la sociedad desaparece. En todo

La maximización de la riqueza también parece ajustarse bastante bien al criterio de adecuación formal tanto para las hipótesis positivas como normativas. Es una tautología completa en su descripción del mundo; y es lógicamente consistente en el sentido de que todos los elementos relevantes de la definición están en una relación analíticamente correcta entre sí. Afortunadamente, como señala Posner, la riqueza se define en términos de disposición a renunciar a otros bienes valorados, que son razonablemente definidos y por lo menos potencialmente mensurables y comprobables. Por lo tanto, vale la pena distinguir entre la definición amplia y teórica de la riqueza y su contraparte empírica más estrecha. No todas las cosas valiosas que son escasas son mensurables. Las mensurables pueden ser vistas como los componentes empíricos de la riqueza. Para probar la hipótesis positiva de maximización de la riqueza es necesario medir la riqueza en diferentes estados del mundo. Dólares o dólares equivalentes proporcionan una manera conveniente de expresar la medida. Sirven como denominador común de valor. Además, los participantes en el mercado los valoran no en sí mismos sino en el sentido de que representan el comando exclusivo sobre bienes escasos. Pero no confundamos la cuestión. La maximización de la riqueza puede ser o no una hipótesis normativa atractiva porque la riqueza es potencialmente mensurable. Por ahora, lo que se busca en una hipótesis normativa es que, al menos, esté definida teóricamente. Como señala Posner, sólo la maximización de la riqueza entre las alternativas también exhibe la agradable propiedad de estar razonablemente definida.

Si continuamos ignorando las deficiencias en la definición de Posner de riqueza social, ¿cuáles son las implicancias de la formulación teórica anterior para el ejemplo de transferencia de libros de Dworkin? Al notar que la transferencia de libros no compensada aumenta la riqueza social, Dworkin pregunta si la sociedad posttransferencia es "en algún aspecto superior" a la sociedad pretransferencia. Afirma que todos estaríamos de acuerdo en que no lo es. En un sentido importante, sin embargo, la sociedad posttransferencia es superior ya que la hipótesis normativa de maximización de la riqueza social define una sociedad moralmente superior como una con más riqueza. Si la transferencia de libros de Dworkin, como un precepto de la maximización de la riqueza, hace que la sociedad se encuentre mejor en términos de intuiciones éticas ampliamente compartidas es una cuestión completamente diferente. Así también, si la transferencia de libros no compensada aumenta necesariamente la riqueza social es una cuestión diferente.

Eficiencia Distributiva y Productiva

En el resto de esta sección, me apoyo en la hipótesis positiva de maximización de la riqueza para determinar si la transferencia de libros de Dworkin implica necesariamente un aumento de la riqueza social. Al hacerlo, hago la distinción fundamental entre eficiencia distributiva y eficiencia productiva. Cuando se considera la eficiencia productiva en el análisis, como debería ser, la afirmación de Dworkin de que la transferencia de libros no compensada implica un aumento de la riqueza social no sigue necesariamente. Un sistema de transferencias obligatorias no compensadas conducirá seguramente a reducciones en la riqueza social al inhibir inversiones productivas que de otra manera aumentarían el valor del stock disponible de bienes.

caso, la cuestión desvía la atención, ya que el mismo problema está implícito en cualquiera de los candidatos disponibles, incluyendo el utilitarismo e incluso el valor social amorfo de Dworkin.

La eficiencia distributiva describe un estado del mundo en el que se distribuye un stock fijo de bienes a aquellos individuos que más los valoran.²⁵ El hecho de que Dworkin asocia la maximización de la riqueza exclusivamente con la eficiencia distributiva se revela en su declaración de que "la maximización de la riqueza, tal como se define, se logra cuando los bienes y otros recursos están en manos de aquellos que más los valoran".²⁶ Dworkin tiene la relación lógica entre maximización de la riqueza y eficiencia distributiva invertida. La maximización de la riqueza implica eficiencia distributiva, pero la inversa - que la eficiencia distributiva implique maximización de la riqueza - no es necesariamente verdadera. La riqueza social también se incrementa a través de la eficiencia productiva.²⁷ Ambas son causas de hecho de mayor riqueza social.²⁸

La eficiencia productiva describe el proceso mediante el cual los individuos que maximizan el valor aumentan el valor del stock de bienes disponibles para su distribución. El fracaso de Dworkin en reconocer la distinción entre eficiencia distributiva y productiva, sin duda, resulta del fracaso de Posner de proporcionar una definición completa de riqueza. Recordemos que, además de ser una expresión de valor en un punto en el tiempo, la riqueza es un concepto stock que implica de forma implícita flujos de valor a lo largo del tiempo descontados al presente a la tasa de interés apropiada. La riqueza es inherentemente un concepto de largo plazo.²⁹ Al calcular el efecto riqueza de una acción tomada hoy, se sigue que debe tenerse en cuenta el efecto sobre los valores tanto hoy como en el futuro. Este tipo de trade-off intertemporal puede implicar inversión, que tiene lugar cuando los individuos renuncian al consumo actual de bienes valorados para aumentar el valor de su stock de bienes futuros. Debido a que la eficiencia productiva depende de la voluntad de las personas de realizar inversiones productivas, necesariamente es captada por la naturaleza a largo plazo de la riqueza.

Sólo si la eficiencia productiva no es afectada por el método de lograr eficiencia distributiva, una sociedad que autorice transferencias de libros no compensadas necesariamente será más rica de lo que sería de otra manera. Una proposición empírica - y una que parece bien apoyada por hechos reales medidos- es que el método de distribución de bienes entre los miembros de una sociedad tiene efecto sobre la eficiencia productiva. Las personas toman decisiones de inversión con rendimientos inciertos. Pueden no estar seguros de su capacidad para lograr el resultado deseado. Pueden no estar seguros de si el resultado deseado, incluso si se logra, será de suficiente valor para otros miembros de la sociedad como para justificar su inversión. Por último, pueden estar inseguros sobre si serán capaces de capturar los beneficios que confieren a la sociedad. *La capturabilidad de los rendimientos de sus inversiones es fundamental para la voluntad de los individuos de realizar inversiones productivas.* La

²⁵ La eficiencia distributiva no debe confundirse con la equidad distributiva. El primero es un término positivo, el último normativo.

²⁶ Dworkin, *Is Wealth a Value?* *supra* nota 2, en 194.

²⁷ La noción de eficiencia productiva está a veces implícita en el análisis de Posner. Por ejemplo, en un momento discute el efecto desincentivador sobre la acumulación de haciendas de una regla que permita a los nietos asesinar a sus abuelos desagradables. Posner, *Utilitarianism*, *supra* nota 1, en 117.

²⁸ Además, Dworkin deja sin especificar el contenido legal exacto de la frase "en manos de". En el ejemplo de la transferencia de libros, presumiblemente la posesión definitiva de Amartya del libro va acompañada de suficientes condiciones de propiedad legal como para impedir que Derek (o cualquier otra persona) le quite el libro. Más importante aún, Dworkin asume condiciones suficientes de propiedad legal para iniciar la producción del libro en primer lugar (por no mencionar la producción de máquinas de escribir, imprenta, organizaciones de marketing, etcétera).

²⁹ Dworkin claramente no entiende la cuestión, a veces distingue entre maximización de riqueza a largo plazo y a corto plazo. Según la definición de riqueza como concepto stock, la noción de maximización de riqueza a corto plazo carece de sentido. Dworkin, *Is Wealth a Value?* *supra* nota 2, en 198.

hipótesis positiva de maximización de la riqueza implica que los individuos emprenderán inversiones arriesgadas sólo en la medida en que puedan estar seguros de capturar los rendimientos (incierto) que generan; a medida que aumenta la certeza de captura de los rendimientos de la inversión, el nivel de inversión también aumentará.

En consecuencia, una regla legal seguida en forma consistente que permita transferencias de libros no compensadas necesariamente reducirá la disposición de las personas a invertir en la producción de libros porque afectará su capacidad de capturar los retornos de esas inversiones.³⁰ El ejemplo de transferencia de libros de Dworkin ocurre a un nivel excesivamente abstracto. Está completamente divorciado de cualquier contexto institucional o histórico, y mucho más del contexto de los fallos del derecho consuetudinario, y por lo tanto es totalmente engañoso al no explicar el efecto negativo inevitable sobre la eficiencia productiva. Además, en el ejemplo de Dworkin, todas las transferencias son llevadas a cabo sin costo por un tercero omnisciente. Bajo tales circunstancias, no hay razón para que el tercero no pueda restituir una compensación a Derek, tornando así la transacción Pareto-superior, así como permitiendo el aumento de riqueza. En el mundo real, sin embargo, los intercambios forzados son a menudo necesarios precisamente en circunstancias en que la medición es costosa y la compensación es difícil de proporcionar.³¹

Cuando se tiene en cuenta la eficiencia productiva, las transferencias compensadas son importantes por más que su valor probatorio, como sugiere Dworkin.³² También proporcionan a las personas que maximizan riqueza el incentivo indispensable para invertir en aumentar el valor del stock de bienes escasos disponibles para ser distribuidos. Toda la discusión entre Posner y Dworkin ha estado mal dirigida alejándose de la eficiencia productiva porque Posner tomó un atajo afirmando que la maximización de la riqueza implica transferencias compensadas. Al no distinguir entre disposición a pagar y voluntad de renunciar, descuida inadvertidamente la importancia de la eficiencia productiva y la distinción correlativa entre riqueza transferida y riqueza disipada.

El problema de los valores disipados deriva de lo costoso de su medición. Para establecer precios relativos de los bienes escasos adecuados, sus dimensiones deben ser medidas de cierta forma. Dado que la medición es costosa, los precios de los bienes escasos a menudo no reflejan plenamente su valor.³³ En el margen, simplemente no valdrá la pena establecer precios adecuados. En diversos grados, la competencia por los bienes escasos se basará entonces en criterios no relacionados con precios - es decir, con recursos valiosos que no son pagados - y los valores de los recursos se disiparán en lugar de transferirse.³⁴ En comparación con un mundo donde la medición carece de costos, los que estén en condiciones de realizar inversiones productivas para aumentar el valor del stock disponible de bienes tendrán menor incentivo a hacerlo porque no serán plenamente compensados por quienes desean los bienes

³⁰ Mi argumento aquí no debe confundirse con el que Dworkin rechaza, a saber, que la maximización de la riqueza implica reglas de derecho que prohíben el robo y que insisten en intercambios de mercado. No discuto la posibilidad de que el número óptimo de transferencias no compensadas sea mayor que cero. Mi punto es en esencia que una norma legal que permita transferencias no compensadas tendrá un efecto negativo sobre la eficiencia productiva que deberá ser considerado al calcular la riqueza social. Id. en 197.

³¹ Sobre la importancia de estas cuestiones véase Richard A. Epstein, *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain* (1985).

³² Id.

³³ Yoram Barzel, *Measurement Cost and the Organization of Markets*, 25 J. Law & Econ. 27 (1982).

³⁴ Algunas formas de competencia sin precios pueden generar valor. Consideren, por ejemplo, los criterios utilizados para otorgar títulos universitarios o campeonatos de Superbowl.

en cuestión. Que los bienes terminen en manos de los que más los valoran, entonces, sólo es importante en el sentido instrumental de que los que más valoran los bienes están en mejor posición para compensar a los productores.

Introduciendo una cuña entre el valor perdido por alguien que desea un bien y el valor recibido por la persona que lo proporciona, los costos de medición dificultan la eficiencia productiva y la maximización de la riqueza. Las transacciones de mercado proporcionan a las personas incentivos para aumentar la eficiencia productiva reduciendo los costos de medición a lo largo del tiempo y reemplazando los valores disipados por transferencias compensadas cada vez que aumenta su propia riqueza y de la sociedad.³⁵ La maximización de la riqueza social implica una tendencia a largo plazo a transformar todos los recursos perdidos en recursos transferidos. De ello se sigue que la eficiencia distributiva -o un método eficiente de distribución- logrará maximizar la riqueza social sólo en la medida en que aliente a las personas a emprender inversiones productivas y, de este modo, a lograr eficiencia productiva. *La eficiencia distributiva es verdaderamente de importancia secundaria en el proceso a largo plazo de maximización de la riqueza.*

Pero la historia no termina aquí, ya que las transferencias compensadas también son preferibles a las transferencias no compensadas porque estas últimas son propensas a inducir un comportamiento derrochador por parte de los miembros de la sociedad. Los que se perciben en una posición de recibir una transferencia por la cual no serán obligados a pagar compensación es probable que gasten valiosos recursos en competencia para mejorar sus posibilidades. Del mismo modo, los individuos que se perciben en una posición de tener que hacer una transferencia no compensada es probable que gasten valiosos recursos para evitar la situación. Dada la voluntad de cada grupo de renunciar a otros recursos valorados en este proceso, es probable que el valor total de los recursos en cuestión se disipe en el margen por aquellos que buscan obligar y aquellos que buscan evitar la transferencia.³⁶ La única conclusión razonable puede ser que cualquier transferencia no compensada (a menos que se emprenda sobre una base puramente *ad hoc* e impredecible) necesariamente reducirá la riqueza social.

Asignación Inicial de Derechos

En su ensayo, Dworkin cuestiona la afirmación de Posner de que la maximización de la riqueza implica (o provoca) una mezcla éticamente atractiva de rasgos como derechos individuales, virtudes agradables e instintos humanos, incluyendo, por ejemplo, el derecho al propio trabajo. Ahora me gustaría considerar si la maximización de la riqueza implica de hecho una asignación inicial determinada de los derechos individuales, p.ej. el derecho al propio trabajo. Cuando se considera la eficiencia productiva en el análisis, la respuesta a esta pregunta se torna muy clara y, convenientemente, el razonamiento requerido para responder a ella arroja mucha luz sobre la sutileza, el poder y la importancia de la eficiencia productiva en el proceso de maximización de la riqueza.

Argumentando que la maximización de la riqueza no implica necesariamente el derecho al trabajo propio, Dworkin analiza otro ejemplo en el que Agatha, una escritora pobre pero talentosa, tiene derecho a su trabajo asignado a Sir George. Dworkin pregunta si, suponiendo mercados de capitales perfectos, Agatha podrá pedir prestado lo suficiente para recomprar el

³⁵ Ver, por ejemplo, D. Bruce Johnsen, *The Formation and Protection of Property Rights among the Southern Kwakiutl Indians*, 15 J. Legal Stud. 41 (1986).

³⁶ Ver por ejemplo Steven N. S. Cheung, [The Structure of a Contract and the Theory of a Non-exclusive Resource](#), 13 J. Law & Econ. 49 (1970).

derecho a su trabajo sobre la base de los ingresos de sus ventas futuras de libros. Dworkin afirma que sin especificar una asignación inicial de derechos, como los derechos a la riqueza, es imposible decir con certeza si Agatha sería capaz o estaría dispuesta a recomprar su propio trabajo. Sostiene que, si Sir George es consciente de la importancia del descanso, la recreación y el control de la tarea para el desempeño de Agatha, "tendría que trabajar por lo menos tan duro como para ganar el dinero para sí misma que lo que haría para Sir George".³⁷ Incluso sería más difícil si ella administrara su tiempo en forma menos competente que Sir George. Dados estos supuestos, Dworkin afirma que no está claro que Agatha pueda permitirse el lujo de comprar el derecho a su trabajo; tampoco está claro que lo hará si pudiera, especialmente si tiene preferencia por alguna actividad menos remuneradora que la escritura.³⁸ Dado que el asunto depende de circunstancias que variarán de un caso a otro, Dworkin concluye que la maximización de la riqueza no proporciona una solución determinada a la asignación inicial de derechos.

Posner responde al análisis de Dworkin argumentando que Agatha no tiene ningún incentivo a trabajar duro para Sir George, porque los frutos de su trabajo no redundan en su beneficio. Dado que fijar y hacer cumplir las "normas de producción" en actividades no rutinarias como la escritura es muy difícil, Agatha incumplirá con su deber y, según Posner, su producción como esclava casi seguramente será menor de lo que sería si estuviera libre,³⁹ sustentando así su afirmación de que la maximización de la riqueza implica una asignación inicial determinada de derechos a sus propietarios naturales.

En una adición, Dworkin se opone a lo que describe como la afirmación "plana" de Posner de que la producción de Agatha será menos como esclava de lo que sería si fuera libre, afirmando que el mundo es sólo como lo imagina la economía de Chicago.⁴⁰ Pero la hipótesis positiva de maximización de la riqueza afirma que los individuos, incluidos los esclavos, maximizan su propia riqueza. Cuando se limita adecuadamente, un esclavo puede, en diversos grados, dependiendo de la naturaleza de la actividad involucrada, verse obligado a aumentar la riqueza de su dueño. Dado que es costoso para un propietario de esclavos hacer cumplir tales restricciones, sin embargo, no intentará extraer toda la riqueza que el esclavo es capaz de generar.⁴¹ Cuando se consideran los costos de medición y ejecución, simplemente no valdrá la pena. Este hecho por sí solo parece suficiente para apoyar la afirmación "plana" de Posner.

En cualquier caso, la discusión sobre este tema, al igual que el resto de la discusión, es incompleta. Las que Posner llama "normas de producción" son sólo una clase de restricciones relevantes. Las normas de producción se basan en lo que Posner y Dworkin describen como "trabajo duro". Aunque fácilmente medible, el trabajo duro tiene menor importancia para la maximización de la riqueza. Los brutos irreflexivos son capaces de trabajar duro, pero ciertamente no son capaces de escribir historias inteligibles, ni mucho menos brillantes, que el público pueda saborear y pagar. Otra clase relevante de restricciones, una mucho más sutil, se describe mejor como normas de inversión. ¿Alguien se pregunta cómo Agatha llegó a adquirir su talento para la escritura? ¿Simplemente nació con ellos? Por lo general, tales talentos se desarrollan lenta y meticulosamente, sólo después de muchas horas arduamente invertidas en leer, estudiar y, sobre todo, escribir. Durante muchas de estas horas, el aspirante a

³⁷ Dworkin, *Is Wealth a Value?* supra nota 2, en 224.

³⁸ Id., en 210.

³⁹ Posner, *The Value of Wealth*, supra nota 1, en 246-47.

⁴⁰ Dworkin, *Is Wealth a Value?* supra nota 2, en 225.

⁴¹ Véase Yorman Barzel, *An Economic Analysis of Slavery*, 20 J. Law & Econ. 87 (1977).

escritor probablemente será torturado por la inseguridad y por la constante aprehensión del fracaso final. El éxito requiere superar el oscuro abismo de la incertidumbre con resolución, determinación y a veces fe ciega, todo lo cual requiere el sacrificio actual de alternativas valoradas con la esperanza de una recompensa eventual. Pero incluso esto puede no ser suficiente. Incluso si el éxito se alcanza en algún sentido objetivo, siempre quedan dudas de si la recompensa justificará el sacrificio. ¿Podría alguien argumentar que Sir George podría forzar a Agatha a desarrollar sus talentos? ¿Cómo determinará si Agatha está haciendo inversiones apropiadas? ¿Y por qué Agatha se molestaría en hacer las inversiones apropiadas si Sir George tiene el derecho de extraer todo el usufructo? Todas estas preguntas apuntan a la virtual imposibilidad de establecer normas de inversión. Debe quedar claro que nadie está en mejor posición que Agatha para lograr tal determinación y que toda la fuerza en el mundo no puede obligarla a dejar la determinación en beneficio de otro.⁴² También debe estar claro que las personas maximizadoras de riqueza son necesariamente los más altos tasadores de su propio trabajo y que la maximización de la riqueza sí implica el derecho al propio trabajo.⁴³

En la última parte de esta sección, he argumentado que la eficiencia productiva debe ocupar un lugar en el cálculo de riqueza. Ese lugar no sólo es importante sino, en mi opinión, abrumador. La eficiencia productiva es un concepto mucho más sutil y fácilmente ignorado que la eficiencia distributiva. También es mucho más potente porque es la fuente de la mejora continua de la sociedad a través del tiempo. Mientras que la eficiencia distributiva describe un estado del mundo en el cual la riqueza social se maximiza en un momento dado, la eficiencia productiva describe el proceso mediante el cual la riqueza social aumenta con el tiempo. La medida en que la eficiencia distributiva es en absoluto importante, radica en el incentivo que proporciona a individuos maximizadores a buscar nuevas oportunidades productivas. El problema de personificar la sociedad puede desaparecer por completo cuando se reconoce adecuadamente la importancia de la eficiencia productiva. A diferencia de la eficiencia distributiva, los beneficios de la eficiencia productiva recaen uniformemente sobre todos los miembros de la sociedad porque la eficiencia productiva resulta cuando se anima a todos en la sociedad a emprender inversiones productivas para aumentar su propia riqueza. Por lo tanto, la maximización de la riqueza social se considera como el proceso mediante el cual todos los individuos, ya sean ricos o pobres, talentosos o sin talento, ignorantes o inteligentes, mejoran la suya propia y, en consecuencia, la de la sociedad.

⁴² Este argumento también puede arrojar luz sobre la preocupación de Dworkin con la circularidad al derivar los derechos fundamentales de maximización de la riqueza. El problema de la circularidad, como lo ve Dworkin, es que la maximización de la riqueza requiere la asignación inicial de algunos derechos antes de que pueda utilizarse para derivar otros derechos fundamentales. Dworkin, *Is Wealth a Value?* *supra* nota 2, en 207, 224. Posner finalmente intenta eludir el problema de circularidad afirmando la autonomía personal, o el consentimiento, como una norma ética en conjunción con la maximización de riqueza. Posner, *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*, *supra* nota 1, en 491-97. Mi argumento es que la autonomía personal deriva de la maximización individual de la riqueza. Los individuos que maximizan riqueza tienen "autonomía de hecho" porque es imposible que otra persona restrinja su conducta perfectamente. En casos extremos, la "autonomía de hecho" se manifiesta en un conflicto violento. Dworkin no necesita preocuparse por la circularidad porque los individuos siempre tendrán algunos derechos, si sólo aquellos que derivan de su poder de elegir entre la vida y la muerte. Esto puede no parecer una gran opción, pero debe entenderse que un individuo que está dispuesto a morir puede imponer grandes costos a su posible captor. Suponiendo que el individuo sea un miembro potencialmente productivo de la sociedad, el presunto captor siempre tendrá más que ganar de otorgarle al individuo ciertos derechos. Véase, por ejemplo, Johnsen, *supra* nota 35.

⁴³ El hecho histórico de la esclavitud puede parecer una obvia contradicción con esta afirmación. Pero mi afirmación es sólo que el proceso de maximización de la riqueza implica una tendencia a apartarse de la esclavitud. Esto también parece ser un hecho histórico.

III. Un Modelo Positivo de Acción Judicial

Para responder a la pregunta de si maximizar la riqueza es una norma ética atractiva para sentencias del derecho consuetudinario, será útil construir un modelo que describa las restricciones relevantes de la justicia si realmente actúa para maximizar la riqueza social. Es a esta tarea que se dirige la presente sección. En la sección II de este ensayo hice dos distinciones que son importantes aquí. Primero, distinguí entre la definición amplia y teórica de riqueza y su contraparte empírica más estrecha. En segundo lugar, distinguí entre eficiencia distributiva y eficiencia productiva y sus funciones en el proceso de maximización de la riqueza. Las restricciones a la acción judicial analizadas en esta sección se derivan directamente de estas distinciones. Una vez derivadas y articuladas, estas restricciones sugieren implicancias que aclaran el papel de la maximización de la riqueza como norma ética en los fallos del derecho consuetudinario.

Comienzo con una hipótesis positiva de que el poder judicial maximiza la riqueza social, ampliamente definida. Sin embargo, como señala correctamente Mario Rizzo, los requisitos de información son excesivamente altos para una concepción tan amplia de riqueza (o, como Rizzo prefiere, de eficiencia).⁴⁴ El problema es uno de medición, que es también la base de la distinción entre riqueza teórica y su contrapartida empírica.⁴⁵ Dado que la medición es costosa, una medición más precisa requiere sacrificar alternativas más valoradas. El costo de medición actúa como una limitación para el poder judicial en la formulación de normas legales que maximicen la riqueza social. Si la medición careciera de costo, una sola regla legal sería suficiente para cubrir todos los casos: el poder judicial simplemente anunciaría que todas las disputas se decidirían para maximizar la riqueza social. Si el poder judicial actúa para maximizar la riqueza social, el costo de la medición debe reflejarse en su elección de normas legales, tanto de procedimiento como sustantivas.

El problema de los costos de medición positivos se manifiesta en la norma legal de varias maneras. En primer lugar, el poder judicial debe considerar el costo para los individuos de medir su conducta prospectiva con relación a la conducta prohibida por la norma legal. A tal respecto, son de gran importancia las normas jurídicas precisas que den al público un aviso de conducta prohibida. El requisito de notificación se deriva de la importancia de la eficiencia productiva y seguramente afectará tanto la forma de la norma jurídica como su estabilidad en el tiempo.⁴⁶ En segundo lugar, cuando surge un conflicto legal, el poder judicial debe considerar los costos de medir la conducta de las partes con relación a la conducta sancionada por la norma legal. Estos costos consisten del costo para las partes de reunir y presentar pruebas sobre su conducta y el costo para el poder judicial de escuchar y considerar esa evidencia. Aquí es importante la tendencia de los individuos que maximizan riqueza a aprovechar el costo de la medición. Por lo tanto, no se puede esperar que una norma jurídica que maximice la riqueza adopte una forma que refleje obviamente la maximización de la riqueza social. Finalmente, al contemplar un cambio en la norma legal, el poder judicial debe considerar sus propios costos de medir la riqueza social en estados alternativos del mundo. No es sorprendente que el proceso de derecho consuetudinario pareciera adecuado para minimizar

⁴⁴ Rizzo, *supra* nota 6.

⁴⁵ El problema de la medición es omnipresente en toda la ciencia. Véase, por ejemplo, Friedman, *supra* nota 15, en 24 n.4.

⁴⁶ Pero ver, por ejemplo, Paul H. Rubin, *Predictability and the Economic Approach to Law: A Comment on Rizzo*, 9 J. Legal Stud. 319, 326 (1980). Rubin sostiene que, si el derecho es económicamente racional, la notificación es irrelevante porque individuos económicamente racionales no necesitarán consultar el derecho; su comportamiento será automáticamente coherente con él.

estos costos de medición. En el resto de esta sección, discuto las implicancias de la limitación de los costos de medición positivos para la norma legal en cada una de las áreas mencionadas. Para facilitar la discusión primero consideraré brevemente la naturaleza de las normas legales.

Naturaleza de las normas jurídicas

Una norma legal establece dos categorías de conducta mutuamente excluyentes y exhaustivas: una permitida y la otra prohibida de alguna manera. Cada categoría es identificada mediante un conjunto de patrones de hechos de casos anteriores. La regla legal es el criterio general según el cual se distinguen ambas categorías. Los casos que caen en cada categoría definen la norma legal precisamente, con cada nuevo caso llenando sus intersticios. El papel del lenguaje en la ley es crítico.⁴⁷ Las reglas legales se expresan en palabras, que son metáforas que proporcionan, por lo menos, una medida cualitativa del significado. En el contexto de un poder judicial que maximiza riqueza, el "significado" puede ser visto como la determinación de los valores relativos de los bienes escasos. El significado implícito en la norma jurídica guía al poder judicial para determinar la conducta que debe sancionarse y proporciona a los miembros de la sociedad un aviso de ello.

Costos de medición individuales

La importancia del costo para los individuos de medir su conducta prospectiva con relación a la norma legal se deriva de la distinción entre eficiencia distributiva y eficiencia productiva. Las normas legales maximizan la riqueza social, sujeto a otras restricciones, definiendo derechos de propiedad exclusivos sobre los rendimientos de la inversión o, más ampliamente - ya que no a todos los derechos se otorga la categoría de "derechos de propiedad" - definiendo "expectativas razonables respaldadas por inversiones" -.⁴⁸ Incluso entre los economistas la tendencia es considerar la actividad de inversión sólo en un entorno comercial. Ésta no es la forma en que el término se utiliza aquí. En el extremo, todas las decisiones implican inversiones en cierta medida. Dado que la escasez requiere que los individuos escojan entre usos alternativos de los bienes, cada decisión implica sacrificar alternativas valiosas.⁴⁹ Y puesto que los beneficios, si los hay, resultantes de una decisión necesariamente se acumulan en algún momento en el futuro, todas las decisiones que toma un individuo en la conducción de sus asuntos diarios implican inversión.

Un poder judicial que actúe para maximizar la riqueza social formulará normas legales que proporcionarán a los individuos un aviso de las expectativas sobre las que pueden confiar legítimamente con respecto a la capturabilidad de los rendimientos de las inversiones, permitiéndoles así llevar a cabo sus asuntos cotidianos apropiadamente. La notificación adecuada requiere que la norma legal se exprese en un vocabulario que permita a las personas determinar de manera definitiva, ex ante, qué conducta está prohibida y cuál está permiti-

⁴⁷ El papel del lenguaje en la ley es ignorado demasiado a menudo, especialmente en la literatura jurídica y económica. Pero véase Timothy P. Terrell, "*Property, Due Process, and the Distinction between Definition and Theory in Legal Analysis*", 70 *Geo. L. J.* 861 (1982). El Profesor Terrell construye un modelo para determinar el "significado focal" de los términos legales.

⁴⁸ *Kaiser Aetna v. United States*, 444 U.S. 164, 175, 100 S.Ct. 383, 390 (1979).

⁴⁹ Utilizo el término "decisión" para representar el acto de asignar recursos sobre la base de una resolución y no simplemente el estado mental de resolución. Véase D. Bruce Johnsen, *Specific Assets and the Search for a Contracting Cost Function* (noviembre de 1982) (manuscrito inédito, Emory University Law & Economics Centre).

da.⁵⁰ Esta determinación requiere que un individuo mida los hechos relevantes que identifiquen su conducta prospectiva con relación a los patrones de hechos en casos anteriores cubiertos por la norma legal apropiada.⁵¹ Las reglas legales definidas son una respuesta sensata a la limitación de costos de medición positivos.⁵² Para que el poder judicial maximice la riqueza social, debe elegir reglas legales que minimicen - sujeto a otras restricciones - el costo para los individuos de determinar si su conducta prospectiva está prohibida por la norma legal. La restricción de *definitud* requiere que la norma jurídica sea formulada en un lenguaje llano más que en el lenguaje de la economía porque el lenguaje llano expresa más claramente el significado implícito en la norma legal para el lego.⁵³

Además de estar definida, una regla legal que permita a los individuos formular expectativas precisas con respecto a la capturabilidad de los retornos de inversión debe ser razonablemente estable a lo largo del tiempo. No se puede confiar en reglas legales que cambian arbitrariamente, para proporcionar la notificación que es esencial para inducir inversiones que aumenten la riqueza. En conjunto, las restricciones de *definitud* y estabilidad corresponden estrechamente a lo que Rizzo llama "eficiencia institucional",⁵⁴ ya que, al igual que ese concepto, también implican derechos de propiedad claramente definidos. Contrariamente a la afirmación de Rizzo, en un mundo dinámico, la eficiencia no requiere que la regla legal permanezca sin cambios para siempre. Por ejemplo, supongan que una norma legal particular logra inicialmente definir claramente derechos exclusivos de propiedad sobre el conjunto de bienes escasos más valorados. En un mundo dinámico los gustos cambian, llevando a cambios en los valores relativos de los bienes escasos. La tecnología también cambia, provocando cambios en los costos relativos y, a su vez, en los valores relativos. A medida que cambian los valores relativos, la norma jurídica perderá su claridad y carácter definido anteriores si ya no define los derechos exclusivos de propiedad sobre el conjunto más valioso de bienes escasos.⁵⁵ El conjunto más valorado de bienes escasos puede convertirse en propiedad no exclu-

⁵⁰ Consideren la frecuente dependencia de la judicatura de las llamadas reglas claras (*bright-line rules*).

⁵¹ Cuáles son los hechos "*relevantes*" y cuál es la regla legal "*apropiada*" pueden ser cuestiones difíciles; la dificultad es una de medición, sin embargo.

⁵² La restricción de *definitud* [*definiteness*] es, por supuesto, la imagen especular de la restricción constitucional sobre vaguedad.

⁵³ Véase, por ejemplo, *Marine Bank v. Weaver*, 455 US 551, 102 S.Ct. 1220 (1982). Allí el tribunal sostuvo que un certificado de depósito emitido por un banco federalmente regulado no estaba cubierto por la Securities and Exchange Act de 1934 debido a que tal certificado no caía dentro del "concepto ordinario de valor". Id. 455 US 555-59, 102 S.Ct. 1223-25.

⁵⁴ Mario J. Rizzo, *Law amid Flux: The Economics of Negligence and Strict Liability in Tort*, 9 J. Legal Stud. 291, 317-18 (1980).

⁵⁵ Consideren, por ejemplo, la evolución de la norma jurídica que regula los derechos minerales del subsuelo. Antes del descubrimiento del petróleo crudo, la regla legal predominante sostenía que, "a quienquiera que el suelo pertenezca, él posee también hasta el cielo y las profundidades." *Edwards v. Sims*, 232, KY 791, 24 S.W.2d 619 (1929). Esta regla legal logró definir claramente los derechos exclusivos de propiedad en minerales que - a diferencia del petróleo crudo - permanecen fijos mientras son extraídos. Sin embargo, a medida que el petróleo crudo se hizo más valioso, esta norma legal no definió claramente los derechos exclusivos de propiedad sobre los minerales subsuperficiales. Dado que el petróleo crudo migra a través de los límites de la superficie cuando la presión en una sección de una piscina de crudo se reduce debido a la extracción, el fracaso de la antigua regla legal resultó del alto costo de medir e identificar el petróleo inicialmente subyacente bajo los límites superficiales. Reconociendo la indefinición de la antigua regla legal para delimitar claramente los derechos exclusivos de propiedad sobre el petróleo crudo, el poder judicial cambió la regla legal que abarca al petróleo crudo - y, en última instancia, a todos los minerales fugaces- a la "regla de captura" que sin duda, fue una clara mejora desde el punto de vista de la maximización de la riqueza social. *Westmoreland Natural Gas Co. v. DeWitt*, 130 Pa. 235, 249, 250 (1889).

siva. El resultado será una doble pérdida en la riqueza social. En primer lugar, serán evitadas inversiones socialmente productivas en el conjunto más valorado de bienes escasos, porque los individuos estarán menos seguros de capturar los rendimientos que generan. En segundo lugar, los valores de los recursos se disiparán a medida que los individuos compitan para establecer la reivindicación exclusiva de los bienes sobre los que no existen derechos de propiedad no exclusivos. En algún momento los cambios en los valores relativos serán tan extremos que la eficiencia institucional ya no será servida por una regla legal estable. En este punto, un cambio de la regla legal aumentará la riqueza social.⁵⁶

El propio ejemplo de Rizzo de la elección entre negligencia y responsabilidad objetiva (estricta) demuestra lo anterior. El sistema de negligencia establece la responsabilidad sobre la base de "culpa", mientras que la responsabilidad estricta implica responsabilidad sin - o sin importar - la culpa. Dependiendo del contexto, sin embargo, estos dos sistemas de responsabilidad pueden ser coherentes en el sentido de asignar la responsabilidad al "evitador más económico" (*cheapest-cost avoider*) de los accidentes. La responsabilidad estricta es necesaria como alternativa al sistema de negligencia, porque en ciertos contextos -incluidos muchos contextos cubiertos por la ley de responsabilidad de los productos - la metáfora de culpa no identifica al factor de menor costo. Dejando a un lado, en aras de la simplicidad, los desarrollos modernos en el diseño y la advertencia, la mayoría de nosotros estaría indecisa si se pregunta quién es "culpable" cuando una botella de gaseosa estalla en la cara de un niño desprevenido que acaba de agitarla. Pero es probable que todos estemos de acuerdo en que el embotellador es el evitador más económico de estos accidentes, ya que con el tiempo es el que está mejor capacitado para hacer las inversiones necesarias para evitarlos. Naturalmente, la conducta extrema del demandante, como romper la botella sobre su propia cabeza, proporcionará al acusado una defensa incluso a una demanda bajo la norma de responsabilidad estricta. Sin embargo, la norma legal que describe las defensas a las demandas de responsabilidad objetiva debe ser consistente con el principio de minimización de los costos de medición.

De acuerdo con la naturaleza de las normas legales, en los contextos cubiertos por el sistema de negligencia la metáfora de culpa identifica claramente dos categorías mutuamente excluyentes y exhaustivas, una prohibida y la otra permitida. Pero en aquellos contextos cubiertos por la ley de responsabilidad de los productos, la insuficiencia de la metáfora de culpa conduciría a derechos de propiedad indefinidos. Incluso en el largo plazo, los fabricantes podrían no entender las implicancias de la responsabilidad basada en culpa y, siendo intolerantes al riesgo, sin duda, reducirían sus inversiones en la producción de nuevos productos. Además, a raíz de un accidente, las partes probablemente disiparían los valores de los recursos al reunir y presentar pruebas sobre la presencia o ausencia de negligencia contributiva por parte del usuario.⁵⁷ Sin duda alguna esta disipación es evitada por la actual ley de responsabilidad objetiva (estricta).

Costos de la Medición Judicial: Conducta de las Partes

⁵⁶ Por lo tanto, los cambios en la norma legal pueden abrir o cerrar las "compuertas del litigio".

⁵⁷ Consideren también la doctrina de la *res ipsa loquitur*, que se aplica cuando el costo para la parte lesionada y para el tribunal de medir la conducta del acusado en relación con la conducta sancionada por la norma legal es prohibitivo. *Res ipsa loquitur* se aplica en aquellas situaciones en las que el daño no ocurre normalmente en ausencia de negligencia del acusado y en las que el instrumental que causó el daño está bajo el control exclusivo del acusado, aunque el tribunal no tenga evidencia directa sobre la negligencia del acusado. [Brannon c. Wood, 251, Or. 349, 444 P.2d 558](#) (1968).

Otra forma en que los costos de medición pueden afectar la norma legal implica el costo para el poder judicial de medir la conducta de las partes en relación con la conducta prohibida por la norma legal. Al depender de las partes para presentar pruebas, el sistema adversarial minimiza la carga del poder judicial a este respecto, pero no la elimina por completo. En cualquier caso, la maximización de la riqueza social también requiere que el poder judicial reduzca al mínimo el costo que se les impone a las partes para presentar pruebas. Todo un cuerpo de leyes -la ley de la evidencia- ha evolucionado para minimizar el costo social de medir la conducta de las partes.⁵⁸ A la luz de la función de minimización de costos realizada por las reglas de evidencia, se plantea la cuestión de si las normas jurídicas sustantivas se verán afectadas por el costo de medición. El principio de sustitución en teoría económica sugiere una respuesta. Dicho de manera sencilla, el principio de sustitución expresa que, en cualquier empeño, será necesaria una sustitución marginal de insumos para minimizar el costo de un determinado nivel de producción. Aquí la producción es información concerniente a la conducta de las partes, y el proceso de producción es la medición. Dado que las reglas de evidencia son un aporte costoso para medir la conducta de las partes en relación con la regla legal, un poder judicial maximizador de la riqueza hará sustituciones marginales en otras áreas si ello es posible. Un candidato probable para la sustitución es la propia regla legal sustantiva. Si, en general, la forma de la norma jurídica sustantiva afecta el costo de medir la conducta de las partes con respecto a ella, entonces, por el principio de sustitución, la forma elegida debería minimizar los costos de medición.

La insistencia del Poder Judicial en relaciones jurídicas estandarizadas, incluso cuando esas relaciones son formadas por el consentimiento mutuo de las partes, es un ejemplo claro del efecto de los costos de medición sobre la norma legal sustantiva. Consideren las restricciones legales impuestas por el tribunal en muchas transacciones consensuales. Un ejemplo son los desarrollos modernos en la ley de garantías, que restringen el derecho de los fabricantes a rescindir contractualmente la responsabilidad por defectos del producto por contrato. Otro ejemplo implica la garantía implícita de habitabilidad que ha sido imputada judicialmente en

⁵⁸ La *ley de la evidencia*, también conocida como reglas de la evidencia, abarca las reglas y los principios legales que presiden la demostración de hechos en un procedimiento legal. Estas reglas determinan qué pruebas deben o no ser consideradas por el juez del hecho para llegar a su decisión. El juez de los hechos es un juez en los juicios de primera instancia, o el jurado en cualquier caso que involucra a un jurado. La ley de la evidencia también se refiere al quantum (cantidad), calidad y tipo de prueba necesaria para prevalecer en el litigio. Las reglas varían dependiendo de si el lugar es un tribunal penal, un tribunal civil o un tribunal de familia y varían según la jurisdicción. La cantidad de evidencia es la cantidad de evidencia necesaria; la calidad de la prueba es la fiabilidad con que tales pruebas deben ser consideradas. Las reglas importantes que rigen la admisibilidad se refieren a oídas, autenticación, relevancia, privilegio, testigos, opiniones, testimonios de expertos, identificación y reglas de evidencia física. Existen diversos estándares de evidencia o estándares que demuestran cuán fuerte debe ser la evidencia para cumplir con la carga legal de la prueba en una situación dada, desde sospecha razonable hasta preponderancia de la evidencia, evidencia clara y convincente o más allá de una duda razonable. Existen varios tipos de evidencia, dependiendo de la forma o fuente. La evidencia regula el uso del testimonio (por ejemplo, declaraciones orales o escritas, como una declaración jurada), objetos expuestos (por ejemplo, objetos físicos), material documental o evidencia demostrativa, que son admisibles (es decir, que pueden ser consideradas por el juez de los hechos, como un jurado) en un procedimiento judicial o administrativo (por ejemplo, un tribunal de justicia). Cuando una disputa, ya sea relacionada con una cuestión civil o penal, llega al tribunal siempre habrá una serie de cuestiones que una parte tendrá que probar con el fin de persuadir al tribunal a fin de que falle en su favor. La ley debe garantizar que se establezcan ciertas pautas para asegurar que las pruebas presentadas ante el tribunal puedan considerarse dignas de confianza (*Wikipedia*).

arrendamientos residenciales en muchas jurisdicciones.⁵⁹ En esencia, el poder judicial puede tener un interés en estas transacciones consensuadas por su deber de hacerlas cumplir si las partes caen posteriormente en discordia. No puede haber otra razón basada en la eficiencia para restringir la forma de transacciones consensuales porque ambas partes de la transacción se ven necesariamente peor por la restricción. Si la riqueza social es realmente maximizada por las restricciones, cualquier ganancia a que las partes renuncien como resultado debe ser más que compensada por la consiguiente reducción en los costos de medición judicial.

El problema de los costos de medición judicial se intensifica por la tendencia de los individuos que maximizan la riqueza a aprovechar lo costoso de la medición. Esto ocurre cuando una parte es capaz de ofrecer evidencia que indica su cumplimiento de la norma legal cuando, de hecho, no ha cumplido. Sólo en una medida limitada se puede invocar al sistema adversarial para evitar que una de las partes retenga pruebas pertinentes o que ofrezca pruebas falsas o engañosas. Este problema se conoce en la literatura económica como "señalización" y ocurre cuando una parte está en posición de influir en el proxy (o "falso objetivo") por medio del cual se miden los valores subyacentes de una transacción.⁶⁰ El problema de señalización es omnipresente siempre que se efectúa una medición, ya que toda medición es necesariamente por proxy: la medida de la cosa no es la cosa misma. Haciendo abstracción del interés propio de las partes involucradas, el mejor proxy que podemos esperar es que algún subconjunto de valores pertinentes pueda ser medido en dólares o en dólares equivalentes, dejando así un conjunto más pequeño y más manejable de valores inconmensurables para la rumia del juez.

En varios aspectos, el proceso de derecho consuetudinario minimiza el costo para el poder judicial de medir la riqueza social en estados alternativos del mundo. En primer lugar, *stare decisis* consiste en razonar por analogía e implica la comparación de los patrones de hechos en los casos anteriores con los hechos pertinentes en el caso considerado.⁶¹ Suponiendo que el caso considerado sea un "caso difícil", esto permitirá idealmente que el poder judicial encuentre un caso a cada lado de la norma legal que sea idéntico al caso bajo estudio en todos sus elementos relevantes excepto uno. Por lo tanto, el razonamiento analógico sirve como una herramienta de análisis similar a la condición *caeteris paribus* del economista (todas las demás cosas iguales), limitando los cálculos de valor (o costo) requeridos del poder judicial a magnitudes marginales en lugar de magnitudes totales.

En segundo lugar, el desarrollo de muchas normas jurídicas sigue un proceso iterativo de aproximaciones sucesivas hacia la máxima riqueza social. Con mayor frecuencia, los cambios en la norma legal no consisten en cambios generales en toda la gama de conductas cubiertas por la antigua regla. En cambio, la tendencia del poder judicial es identificar un subconjunto de la conducta abarcada por la antigua norma legal y luego establecer una nueva regla que crea dos categorías de conducta - una prohibida, la otra permitida - donde antes sólo había una. Un ejemplo es el desarrollo de responsabilidad estricta desde el sistema de negligencia

⁵⁹ Pero véase Richard A. Epstein, *The Static Conception of the Common Law*, 9 J. Legal Stud. 253, 263-65 (1980).

⁶⁰ Michael Spence, *Job Market Signaling*, 87 Q. J. Econ. 355 (1973). Véase también George A. Akerlof, *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, 84 Q. J. Econ. 488 (1970); Yoram Barzel, *Some Fallacies in the Interpretation of Information Costs*, 20 J. Law & Econ. 291 (1977); and Barzel, nota 33 *supra*.

⁶¹ Véase sobre esta regla el capítulo 16 del vol. II de estos Ensayos, *Hardin – Magia en la Frontera y la Norma de Eficiencia*, pág. 2-3.

para cubrir la responsabilidad por los productos.⁶² Otro ejemplo se da en el ámbito de la legislación antimonopolio y se refiere a la interpretación correcta de la sección 1 de la Ley Sherman, que, en su mayor parte, prohíbe la fijación de precios.⁶³ Inicialmente, se consideró que la Sección 1 sólo se aplicaba a restricciones injustificadas del comercio.⁶⁴ Este criterio de la "regla de la razón" en los casos de fijación de precios, basado en la razonabilidad del comportamiento de los acusados, resultó ser demasiado indefinido para el poder judicial y para los empresarios y parece haber hecho un pobre trabajo de aproximación a la máxima riqueza social.⁶⁵ La regla de la razón en los casos de fijación de precios fue pronto sustituida por la regla de la ilegalidad per se, en virtud de la cual toda fijación de precios es ilegal, independientemente de si es razonable.⁶⁶ Tanto en la jurisprudencia como en la literatura científica se reconoce que la regla per se contra la fijación de precios puede condenar una buena parte de conducta empresarial socialmente valiosa, pero debido al alto costo que supone para el poder judicial medir y distinguir las buenas formas de fijación de precios de las malas formas, la regla per se sobrevivió ostensiblemente hasta hoy.⁶⁷ Recientemente, sin embargo, ha surgido una excepción subrepticia a la regla per se, que implica la cuestión de una caracterización adecuada. La fijación de precios, se nos dice, no debe caracterizarse como el tipo de fijación de precios condenado por la regla per se si resulta en una integración de la actividad productiva,⁶⁸ es decir, si la conducta produce algo de valor social positivo que de otra manera no sería producido y que es mensurable por el poder judicial. La metáfora "integración de la actividad productiva" permite al poder judicial medir los hechos pertinentes y separar la conducta en una de dos categorías, mientras que previamente toda conducta de fijación de precios se incluía automáticamente en la categoría per se.⁶⁹

La evolución de la norma jurídica que cubre la fijación de precios parece consistir en una serie de aproximaciones sucesivas a la riqueza social máxima. La noción de que la sentencia es un proceso iterativo diseñado para minimizar los costos de medición del poder judicial al requerir sólo decisiones marginales, por lo tanto, se verifica en el derecho anti monopolístico.

Donde los cálculos requeridos de la riqueza social del poder judicial son groseros, los jueces parecen haber tardado muy poco en cambiar la norma jurídica para maximizar la riqueza social. Un ejemplo clásico es la regla legal que rige los derechos aéreos. Poco después del aumento de los viajes aéreos, el poder judicial revocó por completo la famosa regla legal de

⁶² Consideren también el desarrollo de la negligencia contributiva y comparativa.

⁶³ 15 U.S.C. §§ 1-2 (1890). Sobre la Ley Sherman véase el vol. I, capítulo 30. [Comunicación entre Competidores \(Rosenfield, Carlton & Gertner\)](#).

⁶⁴ [Chicago Bd. of Trade v. United States](#), 246 U.S. 231 (1918). Véase también [Appalachian Coals Inc. v. United States](#), 288 U.S. 344 (1933).

⁶⁵ El juez Taft parece haber anticipado la indefinición del criterio de la razón en los casos de fijación de precios en [United States v. Addyston Pipe & Steel Co.](#), 85 Fed. 271 (1898). En ese caso, Taft criticó el criterio de razonabilidad del juez White como un "mar de dudas".

⁶⁶ [United States v. Socony-Vacuum Oil Co.](#), 310 U.S. 150 (1940).

⁶⁷ Véase por ejemplo, Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, 18 (1978), donde cita el disenso del juez Marshal en [United States v. Container Corp.](#), 393 U.S. 333, 341 (1969). Ver también [Arizona v. Maricopa County Medical Soc'y](#), 457 U.S. 332 (1982).

⁶⁸ [Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting Sys.](#), 441 U.S. 1 (1979).

⁶⁹ Puede resultarles justificadamente oscuro al lector cómo el nuevo enfoque difiere significativamente del enfoque de la regla de la razón. Sin embargo, uno de los puntos importantes de este ensayo es que la norma legal óptima es el conjunto de metáforas que minimiza, sujeto a restricciones, tanto los costos de medición individuales como los judiciales. En este sentido, aparentemente algunas metáforas funcionan mejor que otras, aunque después de la gimnasia mental adecuada dos candidatos puedan parecer idénticos.

que "la propiedad de la tierra se extiende a la periferia del universo" a favor de la regla actual de que el espacio aéreo está en el dominio público.⁷⁰

Ciertamente, la norma legal actual, que favorece un conjunto de expectativas a exclusión de otro, logró aumentar la riqueza social. No es de extrañar, lo que resulta bastante coherente con el análisis presentado aquí, que el tribunal mantuvo los derechos exclusivos de propiedad de los terratenientes en el espacio aéreo, derechos éstos que se encontraban dentro de los "alcances inmediatos" de la tierra,⁷¹ que desde entonces se ha encontrado incluyen gran parte del espacio aéreo, lo que es consistente con su uso y ocupación por el beneficiario. Así, el tribunal reconoció las expectativas razonables respaldadas por la inversión de los propietarios de las tierras.

IV. Conclusión

La maximización de la riqueza social puede ser vista como una expresión de la técnica que describe el conjunto óptimo de trade-offs entre todas las cosas valiosas escasas. En este sentido, la hipótesis normativa de maximizar la riqueza define una sociedad con más riqueza como moralmente superior está lejos de ser trivial. Disputar esta afirmación es afirmar que hay valores importantes que existen fuera del dominio de la riqueza social. Pero cualesquiera que sean estos valores, si derivan de cosas que son escasas, entonces no hay razón por la cual no puedan y no deban ser incluidos en el cálculo de la riqueza social. Como hipótesis normativa, la maximización de la riqueza social puede no ser la verdad moral en ningún sentido demostrable, pero el punto de toda esta controversia es que todavía tenemos que llegar a un acuerdo sobre cualquier hipótesis normativa como verdad moral. La maximización de la riqueza, ampliamente definida, es simplemente una alternativa a otras hipótesis normativas, como utilitarismo o valor social, todas las cuales son descripciones competitivas de la verdad moral.

La afirmación de Posner, que Dworkin nunca cuestiona, es que deberíamos elegir entre las candidatas disponibles para seleccionar una norma ética para la adjudicación del derecho consuetudinario sobre la base de la coherencia de sus preceptos con intuiciones éticas ampliamente compartidas. Debemos tener cuidado, por supuesto, de asegurarnos de que estos preceptos se deriven lógicamente de la hipótesis normativa que estamos evaluando. En consecuencia, la prueba de definitud puede también ser una base importante para seleccionar una hipótesis normativa para las sentencias del derecho consuetudinario porque el candidato elegido tendrá que ser puesto en práctica por jueces que son menos que omniscientes y que por lo tanto no tienen ningún criterio interior sobre la verdad, la moral o lo que sea. Que la hipótesis normativa de maximización de la riqueza tenga una contrapartida positiva cuyas implicancias puedan ser docimadas contra hechos medidos del mundo real es importante porque nos permite comprobar la lógica de la que derivan los preceptos normativos.⁷² Entonces podremos determinar los efectos probables de las decisiones que tomamos y revisar nuestras decisiones en consecuencia. Dentro de cualquier marco moral consecuencialista, los efectos son obviamente de importancia crítica. La conclusión, por lo tanto, parece ineludible que al decidir cómo "debe ser" el mundo debemos primero considerar cómo el mundo "es".

⁷⁰ [United States v. Causby, 328 U.S. 256, 260-64](#) (1946). Ver también [City of Newark v. Eastern Airlines, 159 F. Supp. 750 \(1958\)](#).

⁷¹ [City of Newark, 159 F. Supp.](#), en 756.

⁷² Consideren la famosa afirmación del juez Holmes de que "la vida de la ley no ha sido lógica: ha sido experiencia". Oliver Wendell Holmes, Jr., [The Common Law](#) 1 (1881).

Aunque estoy de acuerdo, en parte, con la afirmación de Posner de que la maximización de la riqueza es una norma ética atractiva para la adjudicación del derecho consuetudinario, me opongo a su afirmación de que los jueces deben buscar conscientemente maximizar la riqueza social. (¡Dios nos ayude si así lo hacen!) Mejor, sostengo que con cualquier intento de formular conscientemente normas legales sobre bases que no sean al menos instrumentales para la maximización de la riqueza social solo se ahogará la inversión productiva y se disiparán los valores de los recursos. Una vez más, esto se debe a que debemos considerar los efectos de la norma legal elegida, dado que los individuos se comportan "como si" conscientemente buscaran maximizar su propia riqueza. En un mundo donde la gente, incluyendo a los jueces, no tiene información perfecta, un proceso iterativo de derecho consuetudinario cuyas reglas legales estables sean capaces de minimizar los costos de medición judicial y un proceso incremental de common law que genere reglas legales estables y definidas con bajos costos de medición son los instrumentos esenciales de maximización de la riqueza social.