
Sumisión, elección y ética^(*)

Una réplica al Juez Posner

Robin West

Catedrática de Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Maryland, Catedrática visitante de la Facultad de Derecho de Stanford.

Lamento que el Juez Posner no haya iniciado su respuesta con su conclusión: el hecho que él y yo vivimos en mundos distintos. Me hubiera gustado que defendiera la visión sobre la personalidad que tan apasionadamente sostiene y que motiva de forma muy clara sus afirmaciones en relación con el Derecho y la Ética. Asimismo, me desilusiona que no haya desafiado mi muy distinta visión de la personalidad, la que subyace en mi postura ética: la creencia de que nosotros como personas somos más autoritarios y sumisos que los retratos que hacen de nuestra naturaleza los teóricos liberales. En mi opinión, resulta evidente que son las divergencias fenomenológicas de estos retratos de nuestra vida interior las que yacen en la base de las distintas conclusiones a las que llegamos Posner y yo sobre el significado ético de la libre elección. Probablemente la razón por la que Posner decidió no responder a mi argumento esencialmente descriptivo y psicológico -con excepción de hacer notar que lo hice- es simplemente porque lo encontró tan bizarro que no reconoció que era el único argumento en mi artículo que requería una respuesta.

Estoy, también, simplemente sorprendida de que en su oración final Posner reclame el mundo del lector como suyo. Había pensado que Posner sintió placer en la singularidad y la intuitividad calculada de su teoría de la naturaleza humana y de sus conclusiones sobre la ética de la elección que se encuentran en la base de esa teoría. Respecto a ese limitado aspecto, lo había considerado como un compañero de viaje. Sospecho que el mundo ético de Posner se encuentra un poco lejos de los lectores del *Harvard Law Review*. No puedo asegurarlo pero dudo que el lector comparta la creencia de Posner de que se nos debería permitir vender a nuestros bebés para obtener ganancias⁽¹⁾. Asimismo dudo que el lector crea, como aparentemente lo hace Posner, que debería estar permitido el vendernos como esclavos⁽²⁾. Me parece que el lector promedio, a diferencia de Posner, ve la violación y la prostitución como manifestaciones de lo que está mal con las relaciones sexuales en esta sociedad y no la disponibilidad legal de la prostitución (junto con otros mercados del sexo como el noviazgo y el matrimonio) como la razón de la injusticia de las violaciones sexuales⁽³⁾. Considero que la mayor parte de lectores del *Harvard Law Review*, a diferencia de Posner, creen que hay ciertas cosas que simplemente no debemos vender y que nuestras leyes deben reflejar esta prohibición ética: no debemos vender nuestros bebés; no debemos vender nuestros cuerpos, no debemos vender nuestra sexualidad; no debemos vender nuestra libertad; y no debemos vender nuestra vida mortal. Seguramente algunos lectores, quizás la mayoría, también creen que hay cosas que no debemos comprar; no debemos comprar billetes de lotería en lugar de comida, sin importar cuánto nos

(*) Publicado originalmente bajo el título *Submission, choice, and ethics: a rejoinder to Judge Posner*. Fue publicado originalmente en *Harvard Law Review*. Volumen 99. 1986. pp 1449-1456. La traducción del presente texto, con autorización expresa del autor, estuvo a cargo de Ana Julia Mendoza Chiappori, alumna del quinto ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de Héctor Gadea Benavides, alumno del sexto ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, miembros de la Asociación Civil Ius et Veritas. Le agradecemos a Álvaro Díaz Bedregal el haber gestionado la autorización para la traducción de este artículo.

(1) Ver. POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 5.4 (2da edición 1977); LANDES y POSNER. *The Economics of the Baby Shortage*. 7 J. Legal Stud. 323 (1978).

(2) Ver. POSNER, Richard. *The Economics of Justice* 86 (1981); POSNER y KRONMAN, *The Economics of Contract Law* 256-60 (1979).

(3) Ver. POSNER. *An Economic Theory of Criminal Law*. 85 Colum L. Rev. 1193, 1197-99 (1985).

emociona el juego; no debemos comprar alcohol en lugar de refugio, sin importar cuánto amemos la botella; no debemos comprar servicios de prostitución, sin importar cuán vehementemente deseemos el sexo; y no debemos comprar esclavos, sin importar cuánto le paguemos a sus familias y cuán libre pueda ser su consentimiento. Al menos algunos lectores, espero, saben que existen buenas razones para compadecernos de los anoréxicos, los bulímicos, los jugadores compulsivos, los granjeros quebrados, o las víctimas del SIDA. Seguramente algunos lectores, quizás la mayoría, saben que cuando llegamos, si es que lo hacemos, al punto en el que decidimos no escuchar llorar a las personas, fuera de la preocupación por “la privacidad y la libertad”⁽⁴⁾ o fuera de la aversión de satisfacer el “dolor de barriga”⁽⁵⁾ de aquéllos que sufren, habremos dejado de lado una parte central de nuestra humanidad. Habremos alienado nuestra vida moral.

La visión estéril e idiosincrática de Posner sobre la naturaleza humana confunde su aproximación a la ética y a la ficción. La primera sección de esta respuesta comenta de forma muy breve la relación que veo entre la visión de Posner de la naturaleza humana y su interpretación de la ficción de Kafka. La segunda sección examina el nuevo argumento sobre la significación ética de la elección que emerge de la respuesta de Posner y el contraste con el argumento que nos presentó en *The Economics of Justice*⁽⁶⁾. Finalmente sostengo que tanto el nuevo argumento como el anterior descansan sobre presupuestos empíricos sin soporte alguno.

1. Posner en Kafka.

Al igual que la mayor parte de los lectores y críticos de Kafka, Posner entiende que las historias de Kafka tratan sobre relaciones de autoridad y sumisión. La pregunta, por supuesto, es qué autoridades se retratan. Existen muchas autoridades en nuestras vidas, y las magníficas historias de Kafka con su imaginario simbólico pueden leerse de modo que encontremos retratadas en ellas a varias. La lectura que Posner hace de Kafka simplemente sitúa a tres autoridades fuera de límites: el Estado, el Derecho, y el empleador. Sin importar de qué tratan las extrañas historias de Kafka, no tratan, en opinión de Posner, sobre la autoridad gubernamental, el Derecho, el mercado, los lugares de trabajo o los negocios. Soy de la opinión de que la visión idiosincrática de Posner acerca de la naturaleza humana determina totalmente esta idiosincrática interpretación de la ficción de Kafka. Dos ejemplos ilustran este punto general que se aplica a todas las interpretaciones elegidas por Posner.

En primer lugar, Posner sostiene que, el Derecho retratado en la ficción de Kafka no es Derecho finalmente⁽⁷⁾. El verdadero Derecho, señala Posner, es “un sistema de reglas”⁽⁸⁾. El Derecho que describe Kafka, por ejemplo, en su parábola *Before the Law*⁽⁹⁾ es “malévolamente caprichoso”⁽¹⁰⁾. Por tanto, lo que Kafka llama “Derecho” no es realmente Derecho del todo. Las premisas de Posner son correctas: Kafka refiere algo que describe como “malévolamente caprichoso” y malévolamente caprichoso es seguramente no lo que nosotros estamos pensando cuando nosotros pensamos el Derecho como “un sistema de reglas”. Pero la conclusión de Posner -lo que Kafka refiere como malévolamente caprichoso no es realmente Derecho- mendiga completamente la pregunta de la naturaleza del Derecho “verdadero”. ¿Es el Derecho un sistema de reglas o es el Derecho malévolamente caprichoso?

Es la visión de Posner acerca de nuestra naturaleza la que condiciona su respuesta a esta pregunta así como su lectura de la parábola de Kafka. Podemos dar un consentimiento racional a un conjunto de reglas. No podemos dar un consentimiento racional a caprichos malévolos, ya que, por definición, cualquier consentimiento dado a un capricho de este tipo no será racional. No consentimos, tomando en cuenta la larga definición dada por Posner del consentimiento (definición que no discuto), la mayor parte de las “leyes” que nos gobiernan. Y, dada la visión de Posner de nuestra personalidad, el consentimiento debe ser racional, ya que, esa es la clase de personas que somos: racionales. Por lo tanto, como no consentimos el Derecho, el Derecho debe ser un sistema de reglas, y como lo que describe Kafka no es bajo ningún supuesto esto, Kafka en realidad nunca habla de Derecho.

(4) POSNER. *The Ethical Significance of Free Choice: A Reply to Professor West*. 99 *Harvard Law Review* 1431, 1440 (1986).

(5) *Ibid.*; p. 1444.

(6) POSNER, Richard. *Supra* nota 2.

(7) Ver: POSNER, Richard. *Supra* nota 4. p. 1433, n. 8.

(8) *Ibid.*

(9) KAFKA, F. *Before the law*. En: *The Complete Stories and Parables*. Tomo 3. 1983.

Asimismo, Posner sostiene que los ambientes de trabajo descritos en la ficción de Kafka no son en realidad de trabajo⁽¹¹⁾. Por tanto, la escena del azotamiento no es en realidad sobre unos guardias siendo azotados por su jefe. La escena no es nunca de trabajo, explica Posner, porque “tiene un olor a sadomasoquismo”⁽¹²⁾, y la relación entre el policía y el sargento, “como la conocemos”, simplemente no es sadomasoquista. Nuevamente, la lectura de Posner hace referencia al debate, ya que, la naturaleza de las relaciones de trabajo son precisamente el punto de éste. Si el trabajo en general, y la vida de los individuos en particular, tienen algo de sadomasoquismo, la escena de los azotes de Kafka puede tratar sobre el trabajo y no sobre sexo pervertido⁽¹³⁾. La discusión se centra, entonces, en si la “verdadera” relación empleador-empleado es en realidad sadomasoquista.

Al igual que en el caso anterior es la visión de Posner sobre la naturaleza humana lo que determina su respuesta y su lectura de la escena. Los empleados normalmente consienten su trabajo. Ese consentimiento debe ser racional, dada la visión de Posner de la naturaleza humana, porque las personas son así. Debido a que las personas no pueden dar un consentimiento “racional” al sadomasoquismo, el trabajo, que las personas consienten, simplemente no puede ser sadomasoquista. Al ser la escena de Kafka de todas maneras sadomasoquista no es en realidad sobre el “trabajo”.

De este modo, el apasionado compromiso de Posner con su particular visión de nuestra naturaleza prejuzga su lectura de Kafka. Estas historias simplemente “no pueden” estar diciendo algo sobre el Derecho, ya que, al ser este un “sistema de reglas”, y lo que Kafka describe se parece más a “caprichos malévolos”; no pueden ser realmente sobre el trabajo porque éste es un maximizador de la riqueza, y lo que Kafka describe es sadomasoquismo. Esta lectura responde a una decisión política. Posner lee a Kafka como si escribiera crónicas acerca de nuestra agitación interna pero se niega a leerlo como un cronista de las elecciones y las instituciones sociales en las que esta agitación se ve tan fuertemente reflejada. Uno no tiene por que ver todo tan literalmente como para pensar que *La Condena* es realmente acerca de una condena o que *El Proceso* es realmente sobre el juicio de un hombre, interno o externo. Ambos trabajos son incuestionablemente sobre nuestros sentimientos de culpabilidad, y más que eso, son acerca de las elecciones que hacemos estando bajo la influencia de ese sentimiento de culpa. Las decisiones que los personajes de Kafka llevados por la culpabilidad toman -ir a trabajar, tener relaciones sexuales, someterse a la ley- son tan masoquistas e irracionales como las motivaciones que los llevan a hacerlo; no son maximizadoras de riqueza ni promotoras de autonomía, tampoco lo son las instituciones que esas decisiones legitiman. De todos los escritores modernos, Kafka, entiende y retrata la unidad entre nuestra tumultuosa vida interna, el mundo exterior y nuestras decisiones como mediadoras.

Finalmente, la negativa de Posner de leer la ficción de Kafka como una capaz de decirle algo sobre el Derecho o los negocios es sencillamente tonta. Algunas veces, como el gran hombre según se informa dijo, un cigarro en realidad es simplemente un cigarro⁽¹⁴⁾. *The Trial, The Judgement, The Problem with our Laws, The New Advocate,*

(10) POSNER, Richard. Supra nota 4. p. 1433, n. 8.

(11) Ibid.; p. 1436.

(12) Ibid.; p. 1441 n. 28

(13) La experiencia de Kafka “manejando reclamos por inhabilidad o muerte de trabajadores mutilados o muertos en el trabajo”, escribe Ernst Pawel en su biografía de Kafka, “sirvió para reforzar la identificación instintiva con los desvalidos que define su manifiesta orientación política”. PAWEL, Ernst. Op cit. Como lo dicho por Pawel, el entendimiento de Kafka de la identificación con la situación de los “desvalidos” no fue seguramente sentimental. Era radical -iba hasta la raíz de la naturaleza de la sumisión. La descripción de Kafka de las mujeres trabajadoras heridas, cuyos accidentes era su responsabilidad minimizar, refleja la misma observación que aparece y reaparece en el retrato de ficción que hace Kafka de los trabajadores: “que modestas son estas personas, en lugar de irrumpir en el instituto y destrozar el lugar, vienen y ruegan”. M. BROD. *Franz Kafka: A Biography* 76 (1963), citado en: Ibid.; p. 188.

(14) Ver: J. BARLETT, *Familiar Quotations* 679 (15th ed. 1980) (atribuyendo el comentario a Sigmund Freud). La repetida sugerencia de Posner de que el complejo de Edipo estaba presente en Kafka e impregnó su literatura es reductivo, aún dentro del marco Freudiano que asume Kafka odiaba sin duda a su padre; la pregunta es por qué. El respaldo de Posner a una respuesta freudiana reduce a Kafka a cualquier hombre: Kafka odiaba a su padre porque este hacia el amor con su madre. Ver POSNER, supra nota 4, p. 1433. Ronald Hayman da un relato mucho más rico de la relación de Kafka con su padre -un relato que cuestiona la sugerencia de Posner de que el tormento psicológico de Kafka lo dejó apolítico y apático hacia el capitalismo de mercado. Si algo, sugiere Hayman, lo contrario era verdadero: Tempranamente,... (1)ª actitud de Franz hacia el negocio de su padre cambió. Al principio era un placer estar en la tienda... ayudar ocasionalmente, mirar admirado mientras su padre vendía cosas... (y) daba ordenes. Pero no mucho tiempo después Franz se enfermaba constantemente, y especialmente molesto al ver como su padre gritaba, odia, e insultaba a los empleados checos -los llamaba “enemigos pagados”... ¿Por qué

The Emperor, The Advocate y Before the Law son incuestionablemente, como Posner señala repetidas veces, “acerca” de autoridad religiosa, autoridad familiar, complejo de Edipo, la conciencia sobresaturada, la neurosis de la vida interior de las almas sensibles. Sin embargo, ésta no es ninguna razón para no leerlos desde sus múltiples y formidables percepciones del Derecho. Muy por el contrario: necesitamos comprender cómo es que las almas guiadas por la culpa reaccionan frente a la autoridad del Derecho, así como necesitamos entender la magnitud de las reacciones de éstas frente a dioses y padres -especialmente cuando una de estas almas puede ser la nuestra.

2. El nuevo argumento de Posner para libertad y consentimiento.

El argumento filosófico que hace Posner en su respuesta sobre la libertad y las decisiones dista de ser más modesto que el avanzado en *The Economics of Justice*, el blanco de mi artículo. Aún más sorprendente, el nuevo argumento es explícitamente -incluso agresivamente- independiente de todas las afirmaciones descriptivas sobre la racionalidad de nuestra naturaleza motivacional. El nuevo argumento no persigue la sugerencia hecha por Posner anteriormente de que las personas se comportan racionalmente en el matrimonio, la amistad, la procreación y el crimen como lo hacen en los mercados económicos tradicionales⁽¹⁵⁾. De hecho, Posner nos dice ahora que tales afirmaciones acerca de la naturaleza de nuestras motivaciones no pueden justificarse en los términos de la disciplina: “(l)a Economía no busca retratar estados mentales; su preocupación está con lo que las personas... hacen, no con lo que sienten o piensan”⁽¹⁶⁾.

Habiéndose proclamado como un agnóstico de las motivaciones humanas, Posner tuvo lógicamente que abandonar su argumento original para la importancia ética de la elección. Esto debido a que su defensa de la importancia ética de las transacciones superiores en el sentido de Pareto descansaban en la racionalidad de la motivación de la elección consensual que subyace en esas transacciones. De hecho, la respuesta de Posner no persigue las afirmaciones de que este tipo de transacciones consensuales y racionales “por definición” dejan a las personas mejor y más autónomas; y que satisfacen tanto las nociones utilitarias como kantianas de valor. En cambio, de modo mucho más modesto, sostiene que el significado ético de las transacciones superiores en el sentido de Pareto es sólo un “principio de la filosofía política... (eso) delimita el apropiado rol del Estado”⁽¹⁷⁾. Puesto de forma sencilla, el Estado no debe interferir en las transacciones voluntarias que no imponen costos no compensados a terceras personas. Así, el nuevo argumento de Posner se reduce a la afirmación de que si negamos la importancia ética de las transacciones superiores en el sentido de Pareto, una intervención coercitiva y desagradable del Estado será la consecuencia.

Sin embargo, el recientemente hallado agnosticismo motivacional de Posner no es totalmente consistente aún cuando promueva la nueva defensa política hacia las elecciones libres sin ataduras. Posner, implícitamente reafirma sus afirmaciones descriptivas anteriores acerca de la racional motivación detrás de las decisiones. Nos dice, por ejemplo, que los que compran billetes de lotería son sencillamente personas que son amantes del riesgo⁽¹⁸⁾. Asimismo, señala que una persona no decidiría convertirse en un empleado en lugar de un trabajador independiente a menos que los beneficios lo justificaran⁽¹⁹⁾. Sin embargo, su permanente y apasionado compromiso hacia el racionalismo motivacional se deja ver más firmemente en el tratamiento que hace de las potenciales víctimas del SIDA. En ese caso Posner nos dice que las personas que frecuentan saunas homosexuales -asumiendo que no se trata de una enfermedad mental- se ve frente a una decisión infeliz, nada problemática para los economistas: “estilo de vida o expectativa de vida”⁽²⁰⁾.

ser desagradable con personas amables? En la tienda era obvio que su padre era muchas veces injusto. Los empleados, sin poder responderle, deben estar en un “terrible estado de indignación” lo que hizo al niño nervioso y ansioso por apaciguarlo. Lo que él sintió fue una especie extrema de lo que la mayoría de judíos de Praga sienten, sabiéndose alienados entre los checos tanto por ser judíos como alemanes, y por estar mejor, financiera, social y culturalmente. R. HAYMAN, Kafka: A Biography 13 (1982).

(15) Ver R. POSNER, supra nota 2, en 237.

(16) POSNER, supra nota 4, en 1439.

(17) Ibid.; p. 1431.

(18) Ibid.; p. 1444.

(19) Ibid.; p. 1446.

(20) Ibid.; p. 1442.

¿Cuándo es que estas dos teorías -la nueva aproximación filosófica política y la antigua económica descriptiva- dejan al significado ético las decisiones? Reflexionemos acerca de la esposa maltratada, nos recuerda Posner, en nuestra sociedad siempre es “libre” de irse⁽²¹⁾. Tenemos ahora dos argumentos Posnerianos contra la intervención en estos asuntos trágicos y privados. Por un lado, el antiguo argumento económico descriptivo que es el siguiente: la esposa es una criatura racional, la que elegirá la mejor de las posibilidades que tenga; ella ha decidido quedarse con su esposo aún cuando éste la maltrate; por tanto, ella está mejor haciendo eso, y nosotros no debemos intervenir con esa decisión maximizadora del bienestar. El argumento descansa en una suposición empírica sin soporte acerca de las motivaciones naturales de la esposa: el que ella escoge racionalmente. Esa suposición fue el blanco de mi artículo.

La nueva aproximación político filosófica que encontramos en la respuesta de Posner es, sin embargo, agnóstica respecto a la motivación. No permite ninguna inferencia ni sobre la irracionalidad del comportamiento de la esposa ni acerca del valor comparativo de su decisión de quedarse en casa. En cambio, el argumento por la no-intervención que emerge de su nueva aproximación político filosófica es el siguiente: por definición, la única intervención posible en la acción de la esposa es la intervención del Estado; por definición, la intervención estatal es horrible. Dejando a un lado la racionalidad de su motivación y el valor comparativo de sus alternativas de acción, la esposa está mejor soportando maltratos brutales en casa que soportando “cualquier” tipo de intervención estatal en sus decisiones. Esta nueva definición es simplemente cruel: obviamente no hay este tipo de “definiciones”. Ambas definiciones, la que sostiene que la única alternativa a la libertad individual es la desagradable opresión estatal y el mérito del juicio político que las decisiones deben protegerse contra cualquier tipo de intervención, dependen de la naturaleza del Estado, la naturaleza de los individuos y de la naturaleza de nuestra vida política colectiva. Posner no llega a conseguir el soporte empírico necesario para su nueva definición; es más, no ha dado ninguna razón más allá de llamados jingoístas al patriotismo para coincidir con su denuncia del poder estatal. Su nuevo argumento es, en consecuencia, tan débil como el antiguo: el antiguo descansa en la suposición empírica sin soporte sobre nuestra naturaleza motivacional; el nuevo descansa en una suposición igualmente sin base acerca de la vida política colectiva.

Sólo cuando dejemos caer los dos grupos de suposiciones podremos hacernos la pregunta más difícil pero en realidad la única pregunta importante, ¿por qué estas asombrosamente deprimentes alternativas -un esposo abusivo, pobreza, o un Estado opresor- son las únicas elecciones imaginables para una esposa maltratada? Si estas son de hecho las únicas opciones es porque no hemos actuado antes. No podremos crear ni imaginar mejores alternativas mientras no dejemos de creer lo que es falso: que somos inexorablemente individuos racionales, que nunca podemos evaluar mejor la miseria de la vida de una mujer víctima de maltrato mejor que la víctima misma, o que no lo podemos hacer sin traer antes el puño de hierro opresor del Estado. Hasta que verdaderamente entendamos que un matrimonio con terror es “malo”, (y no menos malo que el terror del Estado) -aún cuando exista consentimiento- no buscaremos mejores alternativas. La insistencia de Posner acerca de que el consentimiento es el triunfo moral absoluto nos atrapa en nuestra vida como es hoy. No obstante su relativa satisfacción, nuestra sociedad actual no es tan feliz como podríamos hacerla.

Posner insiste, y estoy de acuerdo, en que él y yo vivimos en mundos distintos. En su mundo, porque las esposas maltratadas son libres de irse, la elección de su mundo debe ser maximizadora de beneficios⁽²²⁾; en mi mundo, la miseria evidente en la que viven demanda la intervención de la sociedad. En su mundo, no debemos complacer “el dolor de barriga”⁽²³⁾ de otros; en mi mundo, podemos y debemos prestar atención a los sufrimientos y placeres de otros. En su mundo, “nuestra” decisión política de ratificar las decisiones de otros es mejor que su decisión política de señalar a los disidentes como locos⁽²⁴⁾; en mi mundo éste es un dilema falso -éstas no son nuestras opciones políticas. En su mundo, el Estado es por definición malo y el individuo es por definición racional; en mi mundo el Estado tiene el potencial de hacer cosas buenas y los individuos la de someterse, como oposición a lo racional y a la libre elección. Para mí, el mundo de Posner se presenta chato y radicalmente calculador; describe de manera errada nuestra vida externa en la sociedad y nuestras motivaciones internas. Mi

(21) Ibid.: p. 1444.

(22) Ibid.

(23) Ibid.

(24) Ibid.: p. 1440.

mundo, supongo, le parece a Posner demasiado bizarro para creer en él. Pensé que la literatura podía proveer el puente. Esa esperanza puede haber sido ingenua: la literatura, como la política, puede ser discutida eternamente. El uso de la literatura puede haber, sencillamente, agitado el campo de batalla. Es más, Posner obviamente comparte mi pasión por Kafka y eso nos convierte a ambos en una comunidad de clases. ¹²