

EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO EN LATINOAMÉRICA. ALGUNOS ASPECTOS ÉTICOS RECONSIDERADOS

ADRIAN KUENZLER*

Resumen

La doctrina del análisis económico del derecho ha ido gradualmente encontrando su camino en la jurisprudencia y el derecho positivo en Latinoamérica, tanto respecto de un incremento en la evaluación de las consecuencias globales de las normas jurídicas, en términos de una aplicación creciente del análisis de costo-beneficio, como en la forma de razonamientos más basados en los incentivos. Hasta ahora, sin embargo, la literatura sobre los fundamentos normativos del movimiento ha fracasado en encontrar una base común sobre cómo justificar sus presupuestos teóricos. Este artículo ilustra acerca de este debate, y provee de una perspectiva sobre algunos de los supuestos más básicos de este movimiento que se relacionan con sus implicancias positivas y normativas.

Palabras claves: *Análisis económico del derecho, teoría de la elección racional, eficiencia, utilitarismo, maximización de la riqueza, teoría del consenso, pragmatismo.*

1. INTRODUCCIÓN

Han pasado casi dos generaciones desde que Ronald Coase diera comienzo al ascenso del análisis económico del derecho en Estados Unidos. A pesar del resonado éxito del movimiento tanto en doctrina como en la práctica, la mayoría de las jurisdicciones de tradición civil continental se han mantenido inmunes a la adopción del análisis económico del derecho como una parte integral de su metodología —incluso teniendo en cuenta que un número significativo de contribuciones doctrinarias se originaron en el ámbito de la tradición civil continental.¹ Sin embargo, al menos en Latinoamérica, hay una tendencia creciente a integrar el razonamiento económico al razonamiento jurídico, tal como un conjunto de sentencias y derecho positivo

* Universidad de Zürich, Facultad de Derecho, Suiza; University of Yale, Information Society Project, Estados Unidos (adriankuenzler@gmail.com). Agradezco a la Universidad de San Andrés, Buenos Aires, Argentina, por darme la oportunidad de dictar cátedras en agosto de 2018 sobre las cuales partes de este artículo se basan, y a revisores anónimos por sus interesantes comentarios. Todos los errores son míos. Artículo recibido el 20 de septiembre de 2018, y aceptado para su publicación el 6 de diciembre de 2018. Traducción de Alberto Pino Emhart.

¹ Algunos de los trabajos más importantes incluyen ASSMANN, KIRCHNER y SCHANZE (1993); SCHÄFER y OTT (2005); TOWFIGH y PETERSEN (2017).

reciente en Argentina y Brasil lo demuestra.² No obstante esta emergente transformación, el desarrollo del razonamiento económico sigue siendo escaso en la mayoría de las jurisdicciones de tradición civil continental. Esto se debe, en parte, a una falta de acuerdo acerca de los fundamentos normativos del movimiento. Este artículo ilustra sobre este debate, y provee de una perspectiva sobre algunos de los supuestos más básicos de este movimiento que se relacionan con sus implicancias positivas y normativas. Específicamente, este artículo provee de un catálogo de problemas centrales que enfrenta la doctrina del análisis económico del derecho contemporánea, y combina los aspectos más controvertidos para dotar al lector de un entendimiento comprehensivo de los supuestos que subyacen en esta corriente doctrinaria.

El análisis económico del derecho aborda dos aspectos principales acerca de las normas jurídicas —uno descriptivo y otro normativo. El aspecto descriptivo se relaciona con los efectos, esto es, las consecuencias de las normas jurídicas y decisiones judiciales en la realidad. Por ejemplo, el análisis económico del derecho se pregunta cómo las reglas de responsabilidad por accidentes automovilísticos afecta el número y gravedad de los accidentes, la reparación para las víctimas de los accidentes, y los costos de litigación de las partes para ejercer la responsabilidad.³ El aspecto normativo evalúa conveniencia social de las normas jurídicas desde una perspectiva económica, y realiza afirmaciones acerca de cómo debiera designarse el derecho para alcanzar un resultado socialmente deseable.⁴ Si bien áreas específicas del derecho, como la libre competencia, derecho societario, y la regulación de la actividad económica en general han sido ampliamente objeto del análisis económico del derecho, desde la década de 1960 los defensores del análisis económico del derecho han expandido su campo de investigación a casi todas las áreas del derecho, incluyendo por ejemplo el derecho penal, derecho probatorio, y el derecho de familia.

Esta expansión está conectada de cerca con investigaciones lideradas por un conjunto de destacados economistas norteamericanos. En 1960, Ronald Coase demostró que la asignación de derechos de propiedad a lo largo del sistema jurídico solo afectará el resultado de la negociación privada en un mundo en el que los costos de transacción son altos.⁵ De no ser así, la negociación privada solo puede conducir a un resultado eficiente de Pareto —sin que importe la manera en la cual el derecho asigna derechos de propiedad individuales. En 1965, Armen Alchian presentó una comprehensiva teoría económica de los derechos de propiedad.⁶ En 1968, Gary Becker extendió el ámbito del análisis económico del derecho a un amplio rango de conductas ajenas al mercado, como el delito, la discriminación racial, la organización

2 Para una visión general sobre estos desarrollos, véase IRIGOYEN-TESTA (2015); PARGENDLER y SALAMA (2015).

3 CALABRESI (1970).

4 CALABRESI (1961).

5 COASE (1960).

6 ALCHIAN (1965).

familiar, y la adicción a las drogas.⁷ En la década de 1970, Guido Calabresi y Douglas Melamed publicaron un tratamiento comprehensivo sobre la distribución eficiente de los riesgos derivados del daño.⁸ En 1971 y 1975, William Landes y Richard Posner escribieron una serie de artículos fundacionales sobre el análisis económico del derecho procesal penal y los sistemas de tribunales.⁹ Richard Posner es el autor del manual más importante sobre el análisis económico del derecho, el cual en 2014 fue publicado en su novena edición.¹⁰

Bajo la aproximación económica al análisis del derecho, la evaluación de políticas sociales y normas jurídicas se realiza con respecto a una medida establecida de bienestar social. Un arreglo legal particular se considera superior a otro si el primer arreglo produce un nivel más alto de la medida establecida de bienestar social. De ello se sigue que el criterio de bienestar social bajo consideración determina en gran medida cuál norma jurídica podría ser óptima. Si el objetivo social deseado fuese simplemente producir una disminución en el número de accidentes automovilísticos causados, la mejor regla podría involucrar un régimen en el cual provocar accidentes automovilísticos fuese severamente castigado. Sin embargo, si el objetivo social deseado también incluye los beneficios que los ciudadanos obtienen al conducir sus vehículos, la mejor regla tendría que diseñarse de manera distinta.

La medida de bienestar social más ampliamente utilizada se presume ser una función de utilidades individuales, las cuales a su vez, pueden ser una función de lo que sea que los individuos se preocupen (por ejemplo, necesidades tangibles o intangibles, otros tipos de placeres, motivos de equidad a ser satisfechos, etc.).¹¹ Por una serie de razones prácticas, sin embargo, el análisis económico del derecho estándar se concentra en medidas relativamente simples de bienestar social que rara vez toman en cuenta la distribución de utilidades, como la distribución del ingreso o los efectos distributivos que produce la elección de normas jurídicas. Más aún, por conveniencia analítica, las nociones de equidad y moralidad, como la insistencia de que un responsable repare el daño causado a su víctima, son normalmente excluidas del análisis.¹²

El análisis económico del derecho le atribuye una importancia significativa a la idea de que los individuos están actuando racionalmente, considerando todas las consecuencias concebibles y previsibles de sus decisiones.¹³ Al describir la conducta individual, el análisis económico del derecho enfatiza el uso de modelos estilizados y de pruebas teóricas estadísticas, empíricas, al describir la conducta individual. Como consecuencia de ello, las sanciones jurídicas actúan como precios que hacen que

7 BECKER (1968).

8 CALABRESI y MELAMED (1972).

9 LANDES y POSNER (1975).

10 POSNER (2014).

11 SHAVELL (2004), p. 2

12 SHAVELL (2004), pp. 3-4.

13 BECKER (1976).

ciertos tipos de conductas sean más costosas comparadas con otras. En términos económicos, las consecuencias que incrementan el bienestar social son eficientes; y son ineficientes las que lo disminuyen.¹⁴

En contra de este trasfondo, el análisis económico del derecho tiene el potencial de reducir la complejidad de las normas jurídicas y aumentar la predictibilidad. Basado en la teoría positiva de la elección racional y el criterio normativo de la eficiencia asignativa, juristas y economistas pueden encontrar espacios comunes en un amplio rango de asuntos que son relevantes para los dos campos de estudio. En la medida que las normas jurídicas son más predecibles basado en supuestos de elección racional, las conclusiones de las normas serán más propensas a ser probadas empíricamente y a falsificación.¹⁵ Ello puede hacer que sea posible que el derecho se desarrolle como una disciplina que exhiba propiedades para la investigación científica moderna. El análisis económico del derecho explica los efectos de las normas jurídicas al evaluar su *eficiencia económica* y al predecir, basado en este criterio, qué leyes debieran dictarse. De esto se sigue la premisa según la cual las normas jurídicas que asignan recursos de manera más eficiente gozan de una ventaja comparativa sobre las leyes que se basan en criterios alternativos como la justicia o equidad, porque las normas jurídicas eficientes prevalecen dentro del proceso de selección del mecanismo del mercado.¹⁶

Un concepto de eficiencia frecuentemente utilizado por los académicos es el de *eficiencia de Pareto*. Una norma jurídica es Pareto eficiente si no puede ser alterada para poder mejorar la situación de una persona sin empeorar la situación de otra. Una concepción de eficiencia algo más refinada es la *eficiencia de Kaldor-Hicks*. Una norma jurídica es Kaldor-Hicks eficiente si se vuelve Pareto eficiente debido a que algunas de las partes compensaron al resto por sus pérdidas. De manera tal que la mayoría de la literatura del análisis económico del derecho opera dentro de un marco teórico de bienestar económico neoclásico, que permite a los legisladores evaluar cuáles normas podrían aumentar el bienestar social. Todos los actores dentro de un sistema jurídico—no solo legisladores, sino también oficinas administrativas y tribunales—deben tomar decisiones que aumenten el bienestar social o al menos que no lo disminuyan.

2. SUPUESTOS

Abordar los aspectos normativos sobre los cuales se basa el análisis económico del derecho exige primero un análisis de sus supuestos positivos. El supuesto más importante que tiene el análisis económico del derecho se basa en la *teoría de la elección racional*. La teoría de la elección racional asume que los individuos luchan siempre por maximizar su utilidad (o felicidad), pero no especifica de dónde surgen las preferencias o deseos; la teoría de la elección racional solo establece una ordenación

14 BECKER (1968).

15 POSNER (2014); SCHWARTZ (2015).

16 PRIEST (1977).

consistente de las alternativas de los individuos. No hay por consiguiente nada irracional en que un individuo prefiera una manzana a una naranja, y que otro prefiera lo opuesto; sin embargo, sería irracional para un individuo preferir una manzana a una naranja en una ocasión y preferir una naranja a una manzana en otra, sin que nada más haya cambiado.¹⁷ Sobre la base de este supuesto, quienes plantean la teoría de la elección racional son capaces de predecir resultados y patrones de elecciones individuales. Si bien evitan describir cualquier proceso mismo de toma de decisiones, los defensores de la teoría de la elección racional pueden asumir cómo los individuos se comportan bajo un conjunto particular de condiciones. Sin embargo, ello no realizan afirmación normativa o ética alguna acerca de cómo los individuos debieran actuar.¹⁸ Con mayor frecuencia, la teoría de la elección racional se basa en el supuesto adicional de que los individuos son autointeresados, de modo tal que se comportan como si un comprehensivo balance de costos y beneficios les permitiese llegar a un acto que maximice la ventaja personal. Los teóricos de la elección racional no llegan a sostener que estos supuestos son una descripción precisa del mundo real. Ellos plantean estos supuestos simplemente para poder formular hipótesis claras y verificables acerca de la conducta individual y colectiva.

Un segundo supuesto fundamental del análisis económico del derecho se basa en el criterio de la eficiencia *asignativa*. Este criterio le permite a los analistas evaluar si las normas jurídicas y decisiones son, de hecho, eficientes económicamente. Mientras que la aproximación neoclásica temprana intenta medir, por medio de la observación o el juicio, la utilidad de un individuo que resulta de un cambio en las condiciones sociales o económicas (y por consiguiente asume funciones interpersonalmente conmensurables),¹⁹ los proponentes de la nueva aproximación de la economía de bienestar proporcionan medidas cardinales de utilidad, reemplazando eficiencia con una función cardinal de utilidad que pregunta meramente cuál opción podría ser “mejor”, “peor” o “igualmente preferible” a otra.²⁰

2.1 EL MODELO ECONÓMICO DE CONDUCTA

2.1.1 La escasez de recursos

El análisis económico del derecho opera a partir del problema económico fundamental de tener necesidades humanas ostensiblemente infinitas a en un mundo de recursos limitados. La idea de escasez sostiene que nunca hay suficientes recursos

17 SEN (1997), p. 55. Sin perjuicio de que el concepto de racionalidad empleado por la teoría de elección racional es más estrecho que su entendimiento coloquial, una conducta se considera racional de acuerdo a los proponentes de esta teoría si dicha conducta se dirige hacia un objetivo particular, es reflexiva (evaluativa), y consistente a lo largo del tiempo y de numerosas situaciones de elección. Por contraste, la conducta irracional es arbitraria, impulsiva, no-evaluativa (esto es, adoptada por imitación) o condicionada.

18 Para una crítica de este supuesto, SEN (1997), p. 55.

19 MARSHALL (1920), pp. 58-90; PIGOU (1932), pp. 42-43.

20 ROBBINS (1937), pp. 138-139; ARROW (1951), p. 9; de SCITOVSKY (1951), pp. 304-305; LITTLE (1957), p. 52.

productivos para satisfacer todas las necesidades y deseos humanos. Para agentes individuales, esta noción de escasez involucra efectuar un intercambio, esto es, sacrificar algo para obtener (más de) el escaso recurso que se solicita. Una manera de asignar recursos escasos es a través de la competencia entre individuos que desean dichos recursos, de modo tal que los precios del mercado coordinan –basado en la propensividad de un individuo para pagar– la asignación de recursos escasos.²¹ La condición de escasez hace que el estudio de la conducta humana, en particular la elección –o la alternativa– entre recursos escasos sea la unidad central del análisis: como los recursos productivos son limitados, los humanos tienen que elegir una opción y dejar ir otra. A este fenómeno se le denomina costo de oportunidad: suponiendo que se toma la mejor opción, a saber, elegir una manzana sobre una naranja, el costo de oportunidad de seleccionar una manzana es el costo incurrido al no poder disfrutar de los beneficios de elegir una naranja.²² Para poder evaluar cuál alternativa le proporciona al individuo mismo el mayor beneficio, el análisis económico del derecho utiliza la regla de la utilidad marginal: cuando un individuo consume más de una opción específica (por ejemplo, pan), el valor del bien consumido (el pan) disminuye, y el individuo empieza a preferir otro (como el queso). La caída en la utilidad marginal, mientras el consumo de un bien aumenta, determina por consiguiente en gran medida cuál alternativa elegirá el individuo.²³

2.1.2 El principio de la racionalidad

La condición de escasez implica que la conducta humana debe tender a lograr un beneficio particular –un cierto grado de satisfacción con el menor uso posible de un recurso escaso o con uso específico de recursos. De acuerdo a la teoría económica, esta condición a su vez implica que la acción individual sigue el principio de maximización de la utilidad.

La maximización de la utilidad implica que los individuos eligen entre distintas alternativas la que maximiza su propio beneficio. De acuerdo a ello, a quienes toman decisiones individuales no les preocupa el bienestar de los demás; sin embargo, incluso los individuos que maximizan la utilidad pueden comportarse altruísticamente si la conducta altruista promueve, al menos en alguna medida, el beneficio propio del individuo.²⁴

De lo anterior se sigue que a partir del principio de la maximización de la utilidad, los individuos son *capaces* de actuar para su propio beneficio, esto es, son capaces de estimar y evaluar su esfera de influencia de modo tal de maximizar su propio beneficio. A nivel del individuo, esto implica que los individuos eligen –basándose en preferencias completas y transitivas– el resultado que más prefieren. Si un individuo tiene que elegir entre X e Y, el individuo entonces puede *afirmar* si X es preferible a Y

21 VON HAYEK (1945).

22 BUCHANAN (1991).

23 MENGER (1950), p. 187; GOSSEN (1983).

24 FEHR y SCHMIDT (2003).

o si Y es preferible a X, o si ambas son igualmente preferidas. Cada sujeto es capaz de *ordenar* los elementos de su opción de una manera internamente consistente o de afirmar si son indiferentes dadas las alternativas disponibles. La transitividad ocurre si el individuo prefiere X a Y e Y a Z, y como consecuencia, también prefiere X a Z.²⁵

Un contexto particular de toma de decisión es por consiguiente generalmente descrito por dos distintivas condiciones que involucran preferencias y restricciones. Una *preferencia* describe la actitud interna del individuo, su juicio evaluativo respecto a un conjunto particular de objetos. Las preferencias son generadas por procesos de toma de decisiones, como las elecciones conscientes o subconscientes, y pueden ser afectadas por el entorno y educación del sujeto, historial social y cultural, o creencias religiosas.²⁶ Las *restricciones* se refieren a los estímulos externos que pueden proveer de incentivos para provocar una conducta particular.²⁷ El modelo económico de la conducta individual explica los cambios conductuales primariamente, si no es en forma exclusiva, como respuesta a estímulos externos, esto es, como respuesta a cambios en las restricciones. Las preferencias se consideran como estables y no proveen de explicación alguna para los cambios en la conducta individual.²⁸ Por ejemplo, si a un consumidor se le da a elegir entre los productos A y B, una restricción puede derivarse del ingreso disponible que tiene el individuo y de los precios de los bienes que se le han ofrecido. Otras restricciones pueden incluir la cantidad de tiempo disponible para consumir el bien (por ejemplo, con respecto a desarrollar un pasatiempo), normas jurídicas (por ejemplo, al consumir drogas ilegales), o normas éticas (por ejemplo, con respecto a consumir productos fabricados por niños en países en desarrollo).²⁹ En términos generales, las restricciones relevantes que determinan la conducta individual son relativamente fáciles de definir. Sin embargo, las preferencias de un individuo son con frecuencia más difíciles de determinar. Consecuentemente, la teoría económica tiende a suponer que las preferencias individuales son más estables que las restricciones externas, esto es, que están menos sujetas a cambio y son más difíciles de controlar.³⁰

De esta manera, el análisis económico del derecho permite predecir cambios en la conducta individual *como resultado de cambios en las restricciones individuales*. Tales predicciones son potencialmente verificables. La prueba empírica sobre la cual se basa la predicción consiste en una comparación entre la conducta objeto de la predicción y la conducta real observada en la realidad.

25 SEN (1997), p. 58.

26 KUENZLER and KYSAR (2014).

27 COOTER y ULEN (2016), pp. 12-14, 18-20, 20-24.

28 KREPS (1990), p. 25.

29 HAUSMAN (2012), pp. 57-74.

30 Pero véase, v.gr., GINTIS (1974); BOWLES (1998).

2.1.3 Individualismo metodológico

El modelo económico de la conducta examina el mundo desde el punto de vista del individuo. Esta postura se basa en el supuesto de que no hay un método objetivo para medir las utilidades individuales y para comparar tales utilidades interpersonalmente (por ejemplo, si el producto A le provee a la persona A de 100 unidades de utilidad, y a la persona B con 200 unidades de utilidad, mientras que el producto B le provee a cada uno de ellos solo 50 unidades de utilidad). A lo sumo, la utilidad individual puede ser medida y comparada ordinalmente, esto es, en relación a medidas como “mejor”, “peor”, o “igualmente preferibles”.³¹

A partir de esto, las normas jurídicas son vistas como un resultado de una cooperación entre los individuos, quienes a su vez deciden qué, cómo y cuándo consumir, basado en sus propias funciones de utilidad individual, y los individuos cooperan con otros individuos solamente para su beneficio. El análisis económico del derecho no reconoce entidad colectiva alguna que podría derivarse de las funciones de utilidad de la comunidad mismas de individuos. Las decisiones colectivas son siempre el resultado de una agregación de elecciones individuales más que acciones discretas de un colectivo. En otras palabras, las funciones de utilidad colectivas solo se reconocen si pueden derivarse de necesidades individuales.³²

2.2 La racionalidad de la eficiencia económica

2.2.1 Pareto eficiencia

El economista italiano Vilfredo Pareto propuso un criterio simple de toma de decisiones para evaluar la conveniencia de diferentes estados de asignación de recursos en una sociedad.³³ Debido a su extensa aplicación en la economía y otras disciplinas, el concepto se conoce con el nombre de *Pareto eficiencia*. La Pareto eficiencia es un estado en el cual los recursos de una sociedad son asignados de tal forma que ya no es posible hacer que un individuo esté mejor sin hacer que al menos otro esté peor. Por ejemplo, el estado A es preferible al estado B si al menos un individuo prefiere A sobre B y ningún otro individuo prefiere B sobre A. Esto significa que todos los otros individuos también prefieren A sobre B o son indiferentes sobre si prefieren A o B. Cualquier cambio a una asignación de recursos diferente en una sociedad particular que llevaría a mejorar la situación de al menos un individuo sin empeorar la situación de algún otro constituye una mejora de Pareto. Un estado social es *óptimo de Pareto* si es imposible hacer cualquier otra mejora de Pareto.³⁴ Por consiguiente, la eficiencia Pareto simplemente requiere que los individuos valoren diferentes estados de asignación de recursos en términos de “mejor”, “peor”, o “igualmente preferible”, no si valoran, por ejemplo, el estado A como el doble o el triple de deseable que el estado B. La eficiencia Pareto es, en otras palabras, basada en una medida ordinal de utilidad.

31 ROBBINS (1938).

32 STIGLER y BECKER (1977).

33 Para una traducción al inglés, véase PARETO (2014).

34 SHAVELL (2004), p. 293.

Nótese que la eficiencia Pareto no involucra una sociedad “justa” en sentido estricto alguno del término. Incluso en una sociedad en la cual la riqueza es creada por la producción y acumulación de recursos por medio de trabajos forzados puede ser eficiente Pareto, particularmente si solo la mejora del estado de la asignación de recursos de los trabajadores individuales puede lograrse empeorando el estado de la asignación de recursos de los empleadores.³⁵

2.2.2 Eficiencia Kaldor-Hicks

La Pareto eficiencia requiere que ningún individuo quede en una situación peor en un cambio a una asignación de recursos diferente. Cada miembro de la sociedad tiene el poder de vetar potencialmente medidas adversas. Sin embargo, en la práctica, rara vez es posible tomar alguna acción social, como la modificación de una política social, sin provocar que al menos una persona empeore su situación. Incluso los intercambios voluntarios pueden resultar en una desventaja para terceros y puede, en consecuencia, fracasar en ser Pareto eficiente. La severidad de este concepto, por lo tanto, reduce considerablemente el ámbito de acción del gobierno en configuraciones del mundo real. Políticas que redistribuyen el ingreso difícilmente podrían llevarse a cabo. Tomando en cuenta esta deficiencia, la noción de Pareto eficiencia requeriría de una modificación para que fuese aplicable a un rango más amplio de circunstancias.

A finales de la década de 1930, el economista inglés Nicholas Kaldor y John Kicks propusieron un concepto que capturó algo del atractivo intuitivo que tenía la Pareto eficiencia, pero que permitía la satisfacción de requerimientos menos estrictos. De acuerdo a Kaldor y Hicks, debiera ser suficiente si quienes mejoran su situación pudieran hipotéticamente compensar a aquellos que empeoran su situación, y se produciría igualmente una mejora Pareto eficiente –un aumento neto de bienestar.³⁶ A partir de esto, se dice que una situación es Kaldor-Hicks eficiente si aquellos que mejoran su situación valoran sus ganancias en mayor medida que las pérdidas sufridas por aquellos que empeoran su situación. Una mejora Kaldor-Hicks, por consiguiente, simplemente requiere que aquellos que se benefician por un cambio particular de asignación de recursos compensen a aquellos que resultan perjudicados por el cambio, pero no que la compensación sea efectivamente pagada. Si la compensación efectiva fuese requerida bajo el criterio de la eficiencia Kaldor-Hicks, ello derivaría en último término en alcanzar un resultado Pareto eficiente. Bajo el concepto de la eficiencia Kaldor-Hicks, por contraste, una mejora puede de hecho dejar a algunas personas peor. En cambio, la Pareto eficiencia requiere que todos los actores involucrados mejoren su situación o al menos que ninguno de ellos se vea perjudicado.³⁷

La eficiencia Kaldor-Hicks también utiliza medidas cardinales de utilidad y comparaciones interpersonales de utilidad. Suponiendo, por ejemplo, que un cambio del estado A al estado B le permite al emprendedor X construir cuatro nuevas fá-

35 SEN (1993).

36 HICKS (1939); KALDOR (1939).

37 BAUMOL (1977).

bricas y adquirir un nuevo vehículo, y, como resultado, el emprendedor Y pierde un trabajador, la reasignación del estado A al estado B se dice ser Kaldor-Hicks eficiente si Y era indiferente respecto al estado A, dado que X le transfiere el nuevo vehículo a Y o si Y puede construir las fábricas en vez de X. Y se mantendría indiferente con respecto al estado inicial y aun así obtendría una ventaja. Ninguna medida cardinal de utilidad ni comparaciones interpersonales se requieren para determinar este resultado. Sin embargo, la eficiencia Kaldor-Hicks normalmente requiere comparar los costos y beneficios de un cambio particular en la asignación de recursos en términos monetarios. Aquí, ya no se necesita preguntar a las partes afectadas bajo cuáles circunstancias se sienten indiferentes al cambio. Una asignación es Kaldor-Hicks eficiente, por tanto, si *sus beneficios superan sus costos*. En este sentido, la eficiencia Kaldor-Hicks solamente requiere que un cambio de un estado a otro resulte en un beneficio para toda la sociedad, de modo tal que aquellos que resultan perjudicados pueden luego ser compensados.

2.2.3 La eficiencia Kaldor-Hicks como una oferta

Richard Posner se basó en el concepto de la eficiencia Kaldor-Hicks para formular una regla de oferta: asignar la titularidad de un derecho como el derecho a construir, o el derecho a que no se construya, por ejemplo, un aeropuerto, a quien lo habría comprado en ausencia de costos de transacción asegura que el derecho será obtenido por la oferta más alta.³⁸ Tal regla garantiza que la parte con la mayor disposición para pagar obtiene el derecho, y que esta parte estaría en una posición para compensar a los perjudicados y aun así beneficiarse de la asignación. La regla de la oferta de Posner no requiere compensación real por el mejor oferente, y no garantiza que el resultado de la asignación del derecho sea Pareto superior. En cambio, la regla pretende estimular un mercado eficiente, lo cual a su vez resulta en una Kaldor-Hicks eficiencia y un estado Pareto óptimo. Sin embargo, la regla de la oferta de Posner falla en dar cuenta del hecho que la disposición de un agente para pagar no solo depende de la función de utilidad de un individuo, sino también de su *solvencia*.³⁹ Desde esta perspectiva, la eficiencia Kaldor-Hicks tiende a penalizar a los pobres y favorecer a los ricos.⁴⁰

Según Posner, la asignación en la titularidad de los derechos puede ser entendida mejor como intentos de maximizar la riqueza. El concepto de maximización de la riqueza afirma que el estado A es preferible al estado B si la *riqueza* de la sociedad es mayor en el estado A que en el estado B.⁴¹ En su aplicación práctica, el principio de maximización de la riqueza normalmente genera los mismos resultados que el criterio de eficiencia de Kaldor-Hicks. Para este último, es suficiente si los ganadores solo podrían hipotéticamente compensar a los perdedores. Las decisiones colectivas debieran

38 POSNER (2014).

39 Otras complicaciones con la disponibilidad para pagar valores surge a la luz de recientes trabajos en ciencias sociales sobre cómo deciden los individuos. Véase KUENZLER (2017a).

40 COLEMAN (2003), pp. 87-94.

41 POSNER (1979).

ser tomadas de manera tal que el monto total de riqueza generado a través de la reasignación de recursos se maximiza para cada individuo; un cambio correspondiente en la asignación de recursos es Kaldor-Hicks eficiente. El análisis económico del derecho por consiguiente se basa en general en el concepto de eficiencia Kaldor-Hicks.

3. LA EFICIENCIA COMO UN PRINCIPIO NORMATIVO

El análisis económico del derecho representa una herramienta importante para evaluar las consecuencias de las normas jurídicas, y formula predicciones acerca de cómo agentes individuales se comportan en respuesta. Su orientación positiva y su evaluación de políticas sociales con referencia a una determinada medida de eficiencia económica le atribuyen una importancia central a la función económica y los efectos de las normas jurídicas.

En contra de ello, los juristas y abogados se han cuestionado si la maximización de la riqueza —o la eficiencia— es un objetivo que los legisladores y jueces *debieran* perseguir. Después de todo, está lejos de ser seguro que una sociedad con mayor riqueza es “mejor”, o estará “mejor” que una menos rica.⁴² Aún más, el derecho normalmente es el resultado de numerosas influencias sociales, políticas e históricas. La eficiencia económica puede que tan solo sea un criterio para evaluar las consecuencias de las normas jurídicas; sin embargo, puede que no sea el único. La equidad, justicia, principios del estado de derecho, y derechos individuales son valores que también juegan un rol significativo en organizar las sociedades humanas.⁴³ Los partidarios del análisis económico del derecho han planteado, sin embargo, que la maximización social de la riqueza debiera ser el objetivo último —si no el único— que debiera perseguir una sociedad.⁴⁴ ¿Por cuáles razones, entonces, la eficiencia económica debiera ser el principio fundamental que subyace a un sistema jurídico?

Un primer conjunto obvio de razones puede encontrarse en la teoría utilitarista. El utilitarismo es un concepto ético que tiene sus raíces en los trabajos de Jeremy Bentham y John Stuart Mill. Particularmente en el mundo anglosajón, por medio de su posterior desarrollo por Henry Sidgwick, pertenece a los movimientos filosóficos más importantes en la actualidad. La economía moderna, especialmente la economía de bienestar, fue formada por el pensamiento utilitarista. Y dado que la teoría económica del bienestar surgió del utilitarismo, el utilitarismo juega un rol importante en el debate acerca de los fundamentos normativos del análisis económico del derecho. Sin embargo, el utilitarismo no es la única posición filosófica sobre la cual los juristas han intentado basar sus justificaciones de la eficiencia económica. Un intento alternativo de justificar la racionalidad de la eficiencia económica se basa en la teoría de la justicia de John Rawls. Finalmente, en tiempos más recientes, se han realizado intentos para racionalizar el objetivo de la eficiencia económica sobre la base de consideraciones pragmáticas.

42 DWORKIN (1980a).

43 CALABRESI (1991).

44 POSNER (1980).

3.1. La justificación utilitarista para maximizar la eficiencia económica

En su libro *Introducción a los Principios de la Moral y la Legislación*, Jeremy Bentham planteó la idea según la cual la rectitud moral de las acciones depende de cualidades positivas o negativas de sus consecuencias.⁴⁵ Desde el punto de vista del utilitarismo, la rectitud de una acción se evalúa en base a sus resultados. En la ética deontológica, por contraste, no son las consecuencias de las acciones lo que las hacen ser correctas o incorrectas, sino que las acciones pueden ser “buenas por sí mismas”, es decir, sin calificación alguna, particularmente, sin tener en cuenta sus consecuencias. De acuerdo al utilitarismo sin embargo, las acciones no pueden ser “intrínsecamente” buenas sin considerar sus resultados. El utilitarismo siempre depende de una u otra doctrina acerca del valor. En otros términos, el utilitarismo supone un sistema de valores sobre el cual es posible evaluar si una consecuencia particular es “buena” o “mala”.⁴⁶

El utilitarismo clásico sostiene que el objetivo común de la acción individual consiste en aumentar la felicidad de la mayor cantidad posible de personas.⁴⁷ En un sentido primario y ampliamente aceptado, el bien común implica la suma de los intereses de cada individuo en una sociedad particular. Si el bien común se compone de la suma de felicidad individual de cada uno, surge un criterio simple para la toma de decisiones sobre el cual se vuelve posible determinar cuál de los dos estados que favorecen o discriminan sobre diferentes individuos es preferible. Por ejemplo, al evaluar si tiene sentido moverse de un estado particular A hacia otro B, uno simplemente necesita sustraer del beneficio del individuo favorecido el daño del sujeto perjudicado. Si la diferencia es mayor que cero, el cambio se justifica. Cualquier acción que aumente el bien común de este modo está garantizado desde el punto de la teoría del utilitarismo.

Atender a las características estructurales del utilitarismo nos permite capturar un conjunto de semejanzas que esta doctrina comparte con el análisis económico del derecho. Ambas teorías evalúan la conveniencia de las normas jurídicas basado en sus resultados (maximización de la utilidad o eficiencia económica, respectivamente). El asunto de si un objetivo particular de hecho se logra simplemente depende del resultado que tendrán las normas jurídicas en el futuro. Más aún, tanto el análisis económico del derecho como el utilitarismo se basan en los mismos supuestos: ambas teorías se fundan en las motivaciones y acciones de agentes individuales. No hay un entidad colectiva, u objetivo, independiente de las preferencias de los agentes individuales. Al evaluar las consecuencias de las normas jurídicas, ambas teorías son universalistas, esto es, consideran las preferencias de todos los individuos afectados en el agregado.

El utilitarismo clásico, llamado utilitarismo de actos, se centra en ayudar a los individuos a elegir la acción correcta. El utilitarismo de actos se pregunta cuáles son las consecuencias de un *acto* particular en una determinada situación. Para rescatar

45 BENTHAM (1962).

46 PARFIT (1986); NAGEL (1989).

47 BENTHAM (1962).

a la teoría de un conjunto de sus críticas más agudas, el utilitarismo de actos llegó a ser modificado de modo tal de asignarle un rol central a las *reglas*. La diferencia esencial entre el utilitarismo de actos y el utilitarismo de reglas es que, mientras que el utilitarismo de actos sostiene que una acción es correcta si maximiza la utilidad, el utilitarismo de reglas afirma que una acción es correcta si se ajusta a una regla general que maximiza la utilidad. Bajo el utilitarismo de reglas, no se evalúa un acto particular por sus consecuencias, sino por una regla particular que se evalúa por sus consecuencias. De manera tal que la pregunta es qué se seguiría de una acción singular si *todos* hicieran lo mismo. En otros términos, el utilitarismo de reglas se basa en el principio de la generalización. Un acto del cual se siguen consecuencias negativas, o un acto cuya realización general produce consecuencias negativas no debieran ser ejecutados. De esta manera, el utilitarismo de reglas coincide con nuestro juicio intuitivo conforme al cual la conducta moral debiera ser evaluada de conformidad a reglas comunes. Utilizamos esta intuición en nuestras consideraciones y deliberaciones morales habituales. Una y otra vez escuchamos afirmaciones como: “Lo que se supone que pasaría si todos actuaran de esta manera”, o “piense acerca de las consecuencias si todos actuaran de esta forma”.⁴⁸ De igual modo, el análisis económico del derecho evalúa las normas jurídicas sobre la base de un criterio general. Se pregunta si las normas jurídicas –o las decisiones llevadas a cabo por jueces– se ajustan a principios generales.⁴⁹

3.1.1. El principio de maximización de la riqueza

El cálculo utilitarista del costo-beneficio se diferencia marcadamente del criterio de eficiencia Kaldor-Hicks sobre el cual se basa el análisis económico del derecho. Mientras que la *eficiencia económica* está en el corazón del análisis económico del derecho, el utilitarismo compara las *utilidades* de los agentes individuales. Reconocidamente, tanto el utilitarismo como el análisis económico del derecho persiguen aumentar una función social particular. Ambas, sin embargo, asumen un estándar distintivo de lo que debiera ser correcto, lo que debiera ser incorrecto o lo que es considerado obligatorio.

La diferencia más importante entre el cálculo de la eficiencia y el principio de la utilidad es que el primero evalúa el cambio exclusivamente en términos monetarios. En su ensayo “Utilitarianism, Economics, and Legal Theory”, Posner defiende esta concepción como una contrapartida moral al utilitarismo.⁵⁰ Al hacer esto, Posner intenta proveer de una base filosófica sólida a la racionalidad de la eficiencia económica. Pero, ¿qué tan convincente es la correspondiente posición filosófica misma? Al examinar este asunto, el centro de atención debe centrarse en si los objetivos de maximizar la eficiencia económica y la utilidad individual son estrictamente idénticos.

48 Para una perspectiva general, véase SCANLON (2003), pp. 26-41.

49 POSNER (2014).

50 POSNER (1979).

3.1.2. Diferencias entre el principio de utilidad y la eficiencia económica

Una primera diferencia entre la promoción de la eficiencia económica y la maximización de la utilidad individual es que las unidades monetarias no necesariamente son idénticas a las utilidades individuales. Esto se vuelve más evidente al considerar la ley de la utilidad marginal decreciente. En su forma más general, la ley de la utilidad marginal decreciente afirma que cuando un individuo aumenta el consumo de bien o servicio particular, manteniendo el consumo de otros bienes y servicios constantes, hay un declive en la satisfacción adicional que obtienen algunas individuos de consumir una unidad más de bien o servicio. Por lo tanto, la utilidad de cualquier unidad adicional de ingreso es menor que la unidad de ingreso que una persona ya ha obtenido antes. Suponiendo por razones de claridad que todas las personas tienen la misma función de utilidad, es claro que los efectos de una política legal orientada a la eficiencia sobre el nivel general de utilidad en una sociedad dependen de la medida en que los cambios ocurran y respecto de quiénes ocurran. Si alguien pierde su ingreso mensual completo de \$3.000, la pérdida de la persona en bienestar individual es mayor que si el ingreso de la misma baja de \$10.000 a \$7.000. Visto de otra forma, de acuerdo al criterio de eficiencia de Kaldor-Hicks, un cambio en la asignación de recursos en la medida que 1.000 personas ganan \$200, y una persona sufre un daño de \$50.000 es eficiente, dado que esta última persona podría ser compensada por las otras 1.000 personas. Medido en utilidades individuales, la pérdida de bienestar de la persona afectada puede, sin embargo, ser superior que las utilidades individuales que las 1.000 personas ganan. La utilidad marginal de un determinado cambio de \$200 puede ser mínimo si cualquiera de los ganadores son comparativamente más ricos. Por el otro lado, la pérdida de utilidad que resulta de un daño de \$50.000 puede, por contraste, ser alto si la persona perjudicada es muy pobre.

Introducir factores de ponderación en cualquier cálculo de este tipo podría aliviar el problema de la ley de la utilidad marginal decreciente. Dependiendo de si las pérdidas o ganancias las obtienen receptores de altos –o bajos– ingresos, tales pérdidas y ganancias podrían ponderarse de manera distinta, por ejemplo asignando distritos, de modo tal que los cambios en distritos de bajos ingresos se multipliquen por un factor alto y los cambios en distritos de ingresos altos se multiplican por uno bajo. Posner parece suponer la introducción de este sistema de ponderación al plantear que, en principio, la maximización de la riqueza no es pecuniaria por naturaleza, a pesar de que el dinero es utilizado como unidad de medida.⁵¹

Pero incluso la introducción de factores de ponderación no puede eliminar la diferencia entre la eficiencia económica y la utilidad: la economía del bienestar le concierne la utilidad solo en la medida que utilidad pueda ser medida en términos monetarios. Sin embargo, el utilitarismo supone que el placer derivado de ser *rico* es solo uno entre muchos. La utilidad es un fenómeno complejo que exhibe numerosas facetas y características. Su complejidad resulta más evidente en el trabajo de John

51 POSNER (1979), p. 120; POSNER (1995), pp. 99-101.

Stuart Mill.⁵² Los críticos de Mill rechazaban el utilitarismo porque la multiplicación de los placeres hedónicos tomaba un lugar central en la formulación de su teoría subyacente, y no podía proveer de una base evaluativa para la distinción entre los placeres ordinarios y los placeres superiores.⁵³ Sin embargo, tanto Bentham como Mill asumían que los placeres del intelecto, de nuestros sentimientos y la imaginación, y los “sentimientos morales” en general son más valiosos que los demás.⁵⁴ Al hacer esto, la noción de utilidad de las doctrinas de Bentham y de Mill utiliza las facultades superiores y pone el énfasis también en asuntos como la educación.

3.1.3. Consecuencias para el análisis económico del derecho

Bajo un análisis cuidadoso, parece difícil justificar el objetivo de la eficiencia económica sobre la base del utilitarismo de reglas. Desde el punto de vista del utilitarismo, las normas jurídicas que simplemente intentan aumentar la riqueza en una sociedad son incompletas. Sin embargo, el utilitarismo simple afirma meramente que los actos individuales debieran evaluarse de acuerdo a sus consecuencias. Para evaluar estas consecuencias, se requiere de una teoría sobre la base de la cual algo tiene “valor”, de modo tal que pueda referirse a ella como “buena” o “mala”. Solo sobre la base de tal teoría podría determinarse la utilidad de un acto. Cuál teoría se elija es en último término irrelevante. El utilitarismo evitar dictar un criterio que permita una selección racional entre sistemas de valor competitivos.

Por lo tanto, enfocarse en la *estructura teórica* del utilitarismo hace que el contraste entre la eficiencia y la utilidad sea menos explícito. Después de todo, la utilidad de un sistema jurídico que persigue la maximización de la eficiencia económica se determina en gran medida por el atractivo del utilitarismo como una posición filosófica –independiente de la teoría del valor que se elija en último término.

3.2 Evaluando el utilitarismo

3.2.1. El problema de la cuantificación y de las comparaciones interpersonales de utilidad

El utilitarismo supone que existe un cálculo de costo-beneficio sobre la base del cual uno puede medir y comparar utilidades individuales. Sin embargo, las comparaciones interpersonales de utilidad presentan un problema, en tanto no existe una medida externa para medir la utilidad individual (y por consiguiente para la comparabilidad): ¿cómo podría asignarse unidades de utilidad a la satisfacción que un individuo obtiene a partir de un acto específico y cómo, a partir de ello, podría establecerse una relación entre las utilidades de las distintas opciones que enfrentan los individuos –añadiendo o sustrayendo las utilidades de las consecuencias sufridas por estos individuos? De la forma que sea que se defina la “utilidad” –como intensi-

52 MILL (1860); MILL (1863).

53 Véase MACKIE (1977).

54 BENTHAM (1962); MILL (1863).

dad o magnitud de las preferencias individuales, como gratificación esperada o experimentada, como felicidad o satisfacción— persisten los problemas que surgen como resultado del problema de las comparaciones interpersonales de utilidad.

A primera vista, este asunto parece distar de ser relevante para el análisis económico del derecho, desde que la eficiencia Kaldor-Hicks requiere que distintas opciones sean ordenadas en términos de “mejores”, “peores” o “igualmente preferibles”. Aquí, no hay un problema de cuantificación, y las comparaciones interpersonales de utilidad se vuelven obsoletas. Sin embargo, en la práctica los beneficios y costos que surgen como resultado de una acción particular se miden en términos monetarios. A su vez, la eficiencia Kaldor-Hicks se aplica tal como sería un análisis ordinario de costo-beneficio. En consecuencia, las medidas cardinales y comparaciones interpersonales de utilidad son inevitables, al menos si uno concluye que un resultado monetario positivo por un cambio en las normas jurídicas implica un aumento de la utilidad general. ¿Cómo podría uno de otra manera saber de seguro que una pérdida de \$1.000 que implica una disminución en la utilidad de A compensa el aumento de utilidad que la persona B experimenta de ganar \$1.200? En un análisis más detallado, como nos ilustra este ejemplo, una justificación utilitarista de un sistema jurídico eficiente no puede dejar de lado un cálculo de este tipo. La introducción de la eficiencia Kaldor-Hicks por consiguiente falla en resolver el problema de las comparaciones interpersonales de utilidad.

3.2.2 El problema de la distribución

El utilitarismo además fracasa en preocuparse acerca de las consecuencias distributivas de las normas jurídicas. Mientras la suma total de felicidad o la suma total de riqueza en una sociedad se mantengan constantes, el utilitarismo es indiferente respecto de cualquier otra distribución de felicidad o riqueza. Un nivel más bajo de felicidad, o menos riqueza, de la persona A podría ser compensada por un nivel más alto de felicidad, o mayor felicidad, de la persona B.⁵⁵

Esto también es cierto respecto de una postura estricta orientada a la eficiencia. Podría entonces incluso justificarse en una sociedad dirigida a maximizar la eficiencia económica para considerar a algunas personas como esclavas cuando al mismo tiempo la eficiencia aumentase el bienestar social agregado. Sin embargo, los proponentes del utilitarismo podrían objetar que las personas libres trabajan más eficientemente que las personas que son mantenidas como esclavas. Los esclavos podrían comparar su libertad con crédito y pagar sus deudas con la plusvalía que generan a través de su trabajo. Por lo tanto, la esclavitud, incluso desde una postura utilitarista, debiera ser abolida.⁵⁶

3.2.3 El problema de la agregación

Un punto de crítica adicional tiene que ver con la tensión entre las preferencias individuales y el principio de utilidad. Esta tensión surge a partir del principio de la autonomía de la preferencia, y el concepto de la utilidad agregada sobre los cuales

55 DWORKIN (1980b).

56 BENTHAM (1962).

se basa la ética del utilitarismo. De acuerdo al primero de estos principios, el utilitarismo le permite a cada individuo desarrollar y llevar a cabo sus propios deseos. Sin embargo, desde el punto de vista del Estado, los actos individuales se evalúan exclusivamente en relación a la manera en que ellos afectan la suma total de todas las utilidades individuales. Aquí, el individuo meramente cuenta como la parte de un todo. El enfoque no reside en las preferencias individuales o las utilidades, sino en la suma total que involucra la adición de felicidad o placeres a lo largo de las personas. En estricto rigor, desde un punto utilitarista, las preferencias individuales son solo medios para un fin; son instrumentales en carácter en la medida que sirven para la realización de un objetivo colectivo —la maximización de la utilidad social general.⁵⁷ Esta comprensión de las preferencias individuales también fracasa en prestar debida atención a la función e importancia de los derechos individuales, lo cual se vuelve particularmente importante bajo circunstancias en las cuales una mayoría oprime a la minoría o los actores individuales. Resulta por lo tanto controvertido si una teoría con consecuencias tan abarcadoras puede legítimamente recurrir a una posición filosófica en la cual la base de los derechos individuales sea dudosa. Incluso a proponentes clásicos del pensamiento utilitarista les preocupaba el estado de los derechos individuales inalienables. Mill, por ejemplo, en su libro *Sobre la libertad*, defendió vehementemente la idea de la libertad individual de acción.⁵⁸ Más tarde, la objeción según la cual el utilitarismo fracasa en tomarse en serio los derechos individuales tomó preminencia con la Teoría de la justicia de John Rawls.⁵⁹

3.3. La teoría del consenso y la justificación de la eficiencia económica

Debido a las debilidades discutidas más abajo del utilitarismo, se han realizado intentos por justificar el objetivo de maximizar la eficiencia económica basados en la teoría del consenso, una tradición completamente distinta de conceptualizar la utilidad y el bienestar social. La teoría del contrato social —el sitio privilegiado según el cual las obligaciones morales y políticas de los individuos dependen de un acuerdo entre ellos para organizar la sociedad en la que habitan— tiene su primera justificación comprensiva en Thomas Hobbes, y subsecuentemente desarrollada por Jean Jacques Rousseau, Immanuel Kant y John Rawls, entre otros, resultando en intentos por racionalizar los arreglos sociales o “principios de justicia”, sobre una base contractual.

La teoría del consenso encontró su camino en el pensamiento clásico de la economía de bienestar a través del trabajo de Pareto. Como se señaló anteriormente, la eficiencia de Pareto sostiene que una asignación de recursos particular es superior si al menos una persona en una sociedad queda mejor sin que alguna otra quede peor. La eficiencia de Pareto emplea algo así como un argumento del contrato social para explicar estados sociales diferentes. En particular, la superioridad de Pareto implica

57 POSNER (2014).

58 MILL (1860).

59 RAWLS (1999).

que los individuos no son capaces de perseguir sus propios objetivos sin respetar los derechos individuales de los demás, porque se requiere el consentimiento de todo aquel que es afectado por un cambio específico. Cada individuo se reconoce como un agente con sus propios derechos y responsabilidades, más que un instrumento a través del cual se maximiza el bienestar de los demás.⁶⁰ Bajo este fundamento moral ampliamente compartido, los académicos, particularmente Posner, han intentado justificar incluso la eficiencia Kaldor-Hicks sobre una base contractual.⁶¹ Si esta justificación fuese adecuada, esto aumentaría enormemente el atractivo del análisis económico del derecho. En cambio, un sistema jurídico que puede ser racionalizado con referencia a la eficiencia de Pareto está sujeto a la misma crítica de los supuestos hipotéticos y las condiciones estáticas de la teoría misma de Pareto.

Por lo tanto, surge el problema de bajo qué condiciones los actores individuales aceptarían sufrir consecuencias adversas si los ganadores, basados en la eficiencia de Kaldor-Hicks, fueran capaces de compensar a los perdedores, pero debiese hacerlo solo hipotéticamente. La teoría del consenso requiere que la eficiencia económica de hecho mejore la situación de todos. Solo bajo estas condiciones todos los individuos involucrados aceptan un arreglo legal particular. Para responder la pregunta planteada más arriba, se han discutido dos estrategias distintas. Ambas estrategias difieren con respecto al tipo de conocimiento que poseen las partes en la posición original. Bajo la aproximación de Posner, las partes en la posición original se entiende que actúan bajo condiciones de ignorancia natural. En el modelo de Rawls, que fue presentado en una versión modificada por John Harsanyi, se asume que las partes actúan bajo condiciones de ignorancia artificial.

3.3.1 La ignorancia natural en la posición original

La teoría de Posner —que se construye sobre la base del modelo de Rawls— se preocupa que personas reales tengan que consentir, en una posición original ficticia, a un sistema jurídico puesto en línea con el criterio de eficiencia de Kaldor-Hicks. En esta posición, los electores conocen su identidad, es decir, sus talentos, su carácter, su posición social, y sus actitudes hacia el riesgo. Planifican sus vidas hasta donde más pueden, pero no pueden predecir el futuro. Ellos se encuentran a sí mismos en un estado de ignorancia “natural”, en la medida que ninguno sabe si será en realidad afortunado, o si será alguno de los pocos transeúntes cuyo bienestar se ve incrementado por, a modo de ejemplo, un estándar de responsabilidad estricta más que las reglas de negligencia por accidentes automovilísticos. En esta posición, tienen que votar en un sistema jurídico basado en la eficiencia de Kaldor-Hicks.⁶²

Cuando quiera que las normas jurídicas se basen la eficiencia de Kaldor-Hicks, un régimen jurídico se entiende ser más eficiente en general; las ganancias de eficiencia correspondiente pueden consistir en un aumento del bienestar total económico. Para efectos de ilustrar, supongamos un escenario simple de derecho de la libre com-

60 DWORKIN (1980b).

61 POSNER (1983), pp. 88-117.

62 POSNER (1983), pp. 100-101.

potencia.⁶³ Una negativa a negociar de parte de una compañía dominante puede resultar, conforme a esta postura, en ganancias de eficiencia, particularmente si la compañía dominante es capaz de disminuir los costos de distribución por debajo de los costos de producción promedio del comerciante. Si tales ganancias de eficiencia consisten en un aumento del bienestar económico general, los efectos de exclusión de la compañía dominante sobre competidores y comerciantes debieran ser irrelevantes desde el punto de vista de la eficiencia de Kaldor-Hicks.⁶⁴

Si quienes toman decisiones en la posición original tienen que aceptar la adopción de una regla de este tipo, discutiblemente esta regla no sería aceptada unánimemente por todos los electores: habrá un buen número de individuos que serán perjudicados bajo un régimen jurídico Kaldor-Hicks eficiente.⁶⁵

Los defensores de una justificación teórica basada en el consenso de la eficiencia de Kaldor-Hicks pueden sentirse inclinados a disentir. Puede que sea el caso que unos pocos miembros de la sociedad se vean perjudicados ex post como resultado de aplicar la eficiencia de Kaldor-Hicks a una norma jurídica particular. Sin embargo, estos mismos individuales presumiblemente se beneficiarían con la aplicación de alguna otra regla en la cual las pérdidas y ganancias se compensen. Aún más, incluso los perjudicados se beneficiarán en un punto particular en el tiempo (aunque sea indirectamente) por la aplicación de una regla de este tipo: un aumento en el bienestar económico general mejorará la situación de todos en último término. Por lo tanto, bajo un sistema jurídico Kaldor-Hicks eficiente, ex ante, todos los que se encuentran en la posición original pueden esperar que se beneficiarán en último término. Los daños potenciales serán eventualmente compensados con los beneficios que resultan de un cambio en las normas jurídicas.⁶⁶

¿Qué implican estos argumentos? Debiera señalarse, en primer lugar, que la idea según la cual las pérdidas en el largo plazo siempre se compensan con los beneficios tiende a reducir el cálculo de eficiencia económica a medir el bienestar económico en términos puramente monetarios, y que por consiguiente descarta los factores que difícilmente pueden ser capturados de este modo. La mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos, por ejemplo, reconoce la capacidad de un individuo para elegir ser un emprendedor por sobre ser un empleado sin que sus opciones sean restringidas por barreras de entrada innecesarias o prácticas de exclusión, esto es, la idea de que la actividad económica individual no es simplemente un medio para un fin, sino que también es un fin en sí misma.⁶⁷ Tomando en cuenta esta observación, la maximización de la eficiencia económica no puede dejar siempre a alguien peor. Surge el punto de cuánto tiempo podría tomarle a los perjudicados de este régimen

63 Para la revisión estándar, véase WILLIAMSON (1968).

64 Véase, por ejemplo, BORK (1978), p. 307.

65 Véase KUENZLER (2017b).

66 POSNER (1983), pp. 94-95.

67 Véase THORELLI (1955); BLAKE y JONES (1965); KUENZLER (2017c), pp. 222-249.

en ser compensados para que se beneficien.⁶⁸

Más allá de estos aspectos metodológicos, el concepto de “compensación ex ante” también da lugar a preguntas éticas más sustantivas. Por ejemplo, un conjunto de personas, o grupos de personas, desde un principio podrían beneficiarse significativamente que los demás. La eficiencia de Kaldor-Hicks, no obstante, toma un ingreso particular y asignación de bienes como dados. Aplicando la eficiencia de Kaldor-Hicks a normas jurídicas sustantivas requiere que los legisladores evalúen bienes que ordinariamente no son comprados ni vendidos en mercados libres, y respecto de los cuales suelen no existir precios de mercado. La regla de asignación de bienes de Posner por consiguiente supone que la titularidad de los derechos debiera ser vendida al mejor oferente. En este sentido, los individuos de ingresos altos o los ciudadanos particularmente ricos se beneficiarán más que los demás. Al mismo tiempo, y por la misma razón, hay muchas personas o grupos de personas que, de momento, se benefician significativamente de normas jurídicas “ineficientes”. En una sociedad “eficiente”, estas personas se verán perjudicadas considerablemente comparadas con el estatus quo, y tendrán pocos incentivos para consentir en un sistema Kaldor-Hicks eficiente. Los defensores entonces conceden que la idea de “compensación ex ante” fracasa en hacer que todos estén mejor; en vez de ello, el concepto de “compensación ex ante” meramente afirma que en el *largo plazo* todos se beneficiarán.⁶⁹

Pero incluso si todos los miembros de una sociedad pueden esperar ganar algo en el futuro, ningún individuo puede estar seguro de que ex post estarán realmente mejor. A pesar de que todos en la posición original puedan tener expectativas positivas, siempre habrá algunos pocos desafortunados. La probabilidad para cada participante de ser ganador es solo una expectativa y puede volverse hipotética ex post. Si las personas en la posición original exhiben diferentes actitudes al riesgo, aquellos que son más adversos al riesgo se opondrán a una sociedad orientada a la eficiencia Kaldor-Hicks.⁷⁰

Como consecuencia de ello, siempre habrá al menos unos pocos individuos oponiéndose a un sistema jurídico orientado a la eficiencia bajo condiciones de ignorancia natural. Ronald Dworkin criticaba el intento de justificar la eficiencia de Kaldor-Hicks basado en fundamentos teóricos del consenso de la siguiente manera: Si el concepto de “compensación ex ante” incluye la noción de que el consentimiento los perdedores puede ser “comprado”, o “intercambiado”, entonces tal sistema está basado no en el consentimiento efectivo sino ficticio de las personas involucradas en tomar una decisión. Un contrato social que se basa en el consentimiento de muchos, pero no de todos, no es un contrato social. Sin tomar en cuenta el requisito de la unanimidad –a un requisito sobre el cual todas las teorías del consenso se basan– implica dejar de lado una justificación basada en el consenso mismo. El argumento según el cual las pérdidas de aquellos que son perjudicados pueden ser compensadas por los

68 KEYNES (1983), pp. 94-95.

69 POSNER (1983), pp. 94-95.

70 POLINSKY (1974).

beneficios que obtienen los ganadores es, en estricto rigor, un argumento utilitarista. No importa, de acuerdo al utilitarismo, si tan solo unos pocos consienten a esta política, porque los individuos mismos no cuentan. Aun así, teoría del consenso se basa en la postura según la cual cada individuo tiene su propio voto en determinar el rol y destino de su sociedad precisamente porque importa si solo unos pocos o todos están de acuerdo.⁷¹

3.3.2 La ignorancia artificial en la posición original

A diferencia de Posner, Rawls y Harsanyi suponían que las personas tienen que decidir bajo condiciones en las cuales no conocen su propia identidad. La postura adoptada por Rawls supone que las personas deciden bajo un “velo de la ignorancia”, en el cual nada saben acerca de sus talentos, gustos o habilidades, su clase social o estatus, o incluso sus nociones acerca de lo que es “bueno” o “malo”.⁷² En el modelo de Harsanyi, la idea según la cual las decisiones políticas deben ser tomadas bajo un velo de la ignorancia es operativizada por la idea de que cada individuo singular tiene la misma probabilidad de tomar una posición particular.⁷³ Aunque ambas teorías exhiben características similares, Rawls y Harsanyi llegan a conclusiones distintas. De acuerdo a Rawls, en la posición original, la ignorancia artificial conduce a un sistema de libertades comprehensivas e iguales para todos, y vuelve necesario el principio según el cual las desigualdades sociales y económicas solo son tolerables si ellas permiten el mayor beneficio posible para los que se encuentran en peor situación. Rawls sostiene que en la posición original de participantes iguales, las personas van a fracasar en llegar a acuerdos utilitaristas porque el utilitarismo fracasa al no considerar que el bienestar de solo algunos se disminuye con la perspectiva de aumentar el bienestar de muchos.⁷⁴ Dado que nadie conoce su posición social, nadie va a llegar a un acuerdo sobre un criterio bajo el cual exista la posibilidad que lleven sus vidas como esclavos. Los participantes, sin embargo, podrían estar de acuerdo en que a todos se les debiera otorgar la misma cantidad de libertad. Esta postura se plantea en contraste directo con la perspectiva adoptada por Harsanyi, bajo la cual las partes en la posición original elegirían aceptar una sociedad basada en principios utilitaristas.⁷⁵

De acuerdo a Harsanyi, los participantes bajo un velo de ignorancia artificial consentirían en el principio de la maximización de la utilidad, porque los individuos auto-interesados siempre elegirán la estructura institucional que maximiza la *utilidad esperada* de un estado particular X. La utilidad esperada que resulta de tal estado es la suma de las utilidades individuales multiplicadas por la probabilidad conforme a la cual un individuo adoptará la respectiva posición. Asumiendo que para cada individuo existe la misma probabilidad de adoptar una posición particular, en una

71 DWORKIN (1980b).

72 RAWLS (1999), pp. 102-168.

73 HARSANYI (1955).

74 RAWLS (1999), pp. 266-267.

75 HARSANYI (1955), p. 314.

sociedad de tres partes, la probabilidad de un individuo de adoptar una posición particular corresponde a $1/3$. Si todos los participantes realizan el mismo cálculo –cada participante debe ponerse en los zapatos de los demás, y determinar la utilidad que experimentan en cada posición respectiva– todos los individuos identificarán una suma idéntica de utilidades totales entre una población particular.⁷⁶

Por ejemplo, si la utilidad cardinal del arreglo social X es 3 para el participante A, 5 para el participante B, y 10 para el participante C, la suma total de todas las utilidades en la sociedad X es 18. La suma total de la utilidad esperada para la sociedad X entonces es 6, dado que la probabilidad de ser uno de los anteriores participantes en una sociedad con tres miembros es de $1/3$. Comparando el estado X con el estado Y, en el cual la utilidad cardinal de A alcanza a 6, para B a 2, y para C a 13 –y, por lo tanto, la suma total de todas las utilidades en la sociedad Y para todos los individuos es de 21– la utilidad esperada para el estado Y es de 7 en una sociedad con solo tres miembros. Bajo la perspectiva de Harsanyi, el estado Y es por consiguiente preferible al estado X.

Un problema de la teoría de Harsanyi es que resulta altamente poco probable que cada individuo tenga la misma probabilidad de adoptar cualquier posición en la sociedad. La teoría de Harsanyi implica que las inseguridades relevantes de los estados alternativos son igualmente probables. Más aún, la teoría de Harsanyi presupone análisis de utilidad cardinal y comparaciones interpersonales de utilidad. Cada participante se supone capaz de articular por sí mismo cuánta utilidad cada estado produciría, y cada participante se supone capaz de ponerse a sí mismo en la posición de otro individuo, y de determinar también su utilidad cardinal. Cada participante debiera hacer esto, y todos se supone que llegarían a la misma conclusión. Solo bajo estas condiciones puede alcanzarse un consenso sobre cuál de los estados maximiza la utilidad esperada.⁷⁷

Una objeción adicional a la teoría de Harsanyi tiene que ver con el nivel de *aversión al riesgo* de las partes involucradas en la posición original. Dado que en la posición original los participantes se mantienen desinformados acerca de sus propias actitudes al riesgo, cada participante se presume tener *preferencias neutrales sobre el riesgo*. Bajo estas condiciones, puede que sea plausible –asumiendo condiciones de ignorancia artificial– que los participantes acepten una estructura institucional que maximiza la utilidad esperada de un estado particular X. No obstante, si las partes son *adversas al riesgo*, se produce un resultado distinto. En tal caso, la distribución de la riqueza determina el resultado: si en un estado particular X la riqueza se distribuye desigualmente entre A y B, pero es generalmente muy alta, y en el estado Y la riqueza es distribuida de manera igual entre A y B pero es generalmente baja, las partes adversas al riesgo tenderán a preferir Y sobre X: tanto A como B necesitan

76 HARSANYI (1955), p. 314.

77 Rawls comenta específicamente sobre este problema. De acuerdo a Rawls, las afirmaciones acerca de probabilidades solo son posibles si hay indicaciones objetivas acerca de cuán frecuentemente determinados estados ocurrirán o no ocurrirán. RAWLS (1999), pp. 144-146.

esperar pertenecer a los desaventajados. Sin embargo, tanto A como B tendrían una utilidad esperada más alta en el estado X.⁷⁸ Esta crítica se aplica también al análisis económico del derecho, porque la eficiencia de Kaldor-Hicks no puede garantizar que todos estarán mejor.

En este punto, una gran diferencia entre las teorías de Harsanyi y Rawls se vuelve aparente. La teoría de Rawls se basa en la suposición según la cual los participantes en la posición original son altamente adversos al riesgo.⁷⁹ Basado en este supuesto, Rawls llega a un resultado que difiere marcadamente de la teoría de Harsanyi. Harsanyi simplemente comenta que la toma de decisiones bajo condiciones de ignorancia artificial es un “juego justo”, y que por consiguiente puede asumirse que los participantes serían más propensos al riesgo que en la vida real.⁸⁰ Aparte de este comentario, Harsanyi fracasa en justificar *por qué* los participantes en la posición original son más propensos al riesgo que lo que supone Rawls. Dado que las actitudes frente al riesgo de las partes son un factor determinante en *cómo una sociedad será organizada*, sin más que añadir, el supuesto simple de Harsanyi acerca del nivel de riesgo que los individuos están dispuestos a incurrir difícilmente puede ser enteramente convincente.

Adicionalmente, en la teoría de Harsanyi una diferencia importante con respecto a la relación entre el utilitarismo y eficiencia económica persiste. Como se señaló antes, no identidad entre el principio de utilidad y la eficiencia económica. Por lo tanto, incluso si asumimos que las partes en la posición original son neutrales respecto al riesgo y consienten en el principio de utilidad, está lejos de ser claro si también aceptarían normas jurídicas Kaldor-Hicks eficientes. El objetivo utilitarista sobre el cual las partes concuerdan bajo tales condiciones no puede ser simplemente igualado con el objetivo de promover riqueza material en una sociedad. La maximización de la eficiencia económica vendrá presumiblemente a costo de maximizar otros objetivos utilitaristas. Hay numerosas formas por las cuales puede organizarse una sociedad utilitarista. La maximización de eficiencia económica puede ser un objetivo a perseguir en tal sociedad, pero es poco probable que sea el único.

78 RAWLS (1999), pp. 143-144.

79 RAWLS (1999), pp. 153-154: “No pueden ingresar a un acuerdo que pueda tener consecuencias que no puedan aceptar. Evitarán los acuerdos a los que puedan adherir solo con gran dificultad. Debido a que el acuerdo original es final y hecho a perpetuidad, no hay una segunda oportunidad. En vista de la naturaleza seria de las posibles consecuencias, la pregunta acerca de la carga del compromiso resulta especialmente aguda. Una persona está eligiendo de una vez y para siempre los estándares sobre los cuales se gobernarán sus prospectos de vida. Más aun, cuando ingresamos a un acuerdo debemos ser capaces de cumplirlo incluso si las peores posibilidades se cumplen. De otra manera, no hemos actuado de buena fe. Por lo tanto, las partes deben analizar con atención si serán capaces de mantener su compromiso en todas las circunstancias”.

80 HARSANYI (1953), p. 435.

3.4. La justificación pragmatista de la eficiencia económica

En virtud de las dificultades recién discutidas, los partidarios del principio de maximización de la riqueza, particularmente Posner, empezaron a desviar la atención en torno a justificar la racionalidad de la eficiencia económica sobre bases puramente pragmáticas. El argumento más poderoso a favor del principio de maximización de la riqueza, de acuerdo a esta postura, no de naturaleza moral sino práctica. Las personas que viven en sociedades en las cuales el mercado opera libremente no son solo más ricas que las personas que viven en otras sociedades, según Posner, sino que también tienen más derechos políticos, más libertad y dignidad, y están en general más satisfechas con ellas mismas. Desde esta perspectiva, la maximización de la riqueza es la base más importante sobre la cual se alcanza la felicidad como un objetivo social.

Este argumento forma parte de la tradición filosófica del pragmatismo, que ha definido la filosofía del derecho norteamericana hasta la fecha. El pragmatismo tuvo una fuerte influencia de Oliver Wendell Holmes y realistas jurídicos norteamericanos posteriores. Sin embargo, el movimiento del realismo jurídico norteamericano es difícil de caracterizar, ya que ha fracasado en acomodar una doctrina unificada y ha fallado en formar una teoría del derecho coherente por sí misma.⁸¹ Hermann Kantorowicz resumió las tesis del movimiento –que en todo caso no son exentas de controversia dentro del ámbito del realismo– sucintamente del siguiente modo: “El derecho no es un conjunto de reglas, no un deber ser, sino una realidad de hecho. Es el comportamiento real de determinadas personas, especialmente de los funcionarios del derecho, más especialmente de los jueces que crean derecho a través de sus decisiones, lo que por consiguiente constituye el derecho”.⁸²

Sin embargo, la posición de Posner no identifica el derecho con la conducta real, sino con supuestos que describen la conducta real. Esta postura se retrotrae a la llamada teoría predictiva del derecho concebida por Holmes. De acuerdo a Holmes, para poder comprender qué es el derecho, debemos adoptar la posición del hombre malo. Al hombre malo no le interesan los principios del derecho, sino que le interesa cómo van a decidir los tribunales. Por lo tanto, el derecho es nada más ambicioso que un conjunto de especulaciones acerca de lo que los tribunales en la práctica van a hacer.⁸³ Concebido de esta manera, las normas jurídicas son “reglas de descripción y predicción”. Pueden ser probadas con respecto a su valor informativo comparándolas con jueces consecutivos, y determinando cómo se ajustan o desvían de una regla particular. Si hay un alto grado de consistencia entre ellas, son consideradas “reglas reales”, esto es, reglas que configuran el derecho real, tal como son literalmente seguidas por los tribunales. Si hay un grado bajo de consistencia, entonces son meramente “reglas de papel”, esto es, reglas que no son seguidas por los tribunales y que por lo tanto son reales solo en el papel. De acuerdo a los realistas jurídicos, la tarea más urgente del derecho es el análisis de las reglas reales. En cambio, las preguntas doctrinarias tradicionales debieran recibir menos atención.

81 MENAND (2001); para un excelente panorama véase REA-FRAUCHIGER (2005).

82 KANTOROWICZ (1934), p. 1243; véase particularmente OTT y REA-FRAUCHIGER (2018), pp. 65-67.

83 HOLMES (1897).

El carácter pragmático del argumento de Posner descansa en el hecho que se niega a justificar la maximización de la riqueza como un principio deseable. La teoría del derecho debiera preocuparse menos de los asuntos semánticos y metafísicos, y más con los fácticos –empíricos, es decir, debiera ser más pragmática. Posner se niega a asignarle un valor intrínseco a la maximización de la riqueza, o a defender la riqueza como algo intrínsecamente bueno. Más bien, la riqueza tiene un valor, porque les permite a las personas alcanzar *otros* objetivos. Aquí mismo reside el supuesto de Posner, cuando observa que los países en los cuales los mercados operan más o menos libremente tienen un estándar de vida más alto.⁸⁴

Sin embargo, bajo un análisis más cuidadoso, el análisis de Posner no está exento de falencias. Posner, por ejemplo, sostiene que el argumento más poderoso a favor del principio de la maximización de la riqueza es el hecho que en los países en los cuales los mercados operan más o menos libremente, las personas no solo disfrutaban de un estándar más alto de vida, sino que poseen más derechos políticos y más libertad y dignidad. Un estándar de vida alto es pensado primariamente como resultado de una economía libre de mercado en estos países. Visto de esta forma, el argumento de Posner puede ser visto como una apología por una sociedad basada en la libertad económica, lo cual a su vez otorga a los individuos la libertad para operar libremente (al menos en la esfera económica). Sin embargo, las normas jurídicas orientadas a la eficiencia económica representan la eficiencia no primariamente en categorías de libertad individual de acción o libertad para opera, sino que son dirigidas principalmente hacia lo colectivo (esto es, hacia alcanzar la eficiencia social general o económica).⁸⁵ Tales reglas tienen el potencial de reducir –no aumentar– el ámbito de acción del individuo, y consecuentemente, para tomar sus propias decisiones. Por lo tanto, paradójicamente, el pragmatismo de Posner puede verse como una defensa *en contra* del análisis económico del derecho, al menos en la medida que los mecanismos de libre mercado debieran ser estimulados por normas jurídicas Kaldor-Hicks eficientes. Sea o no un objetivo reconocido del análisis económico del derecho el reforzar los mecanismos de libre mercado como tales, los supuestos sobre los cuales esta teoría se basan tienen una cercana semejanza con una teoría que evalúa la conducta individual no basada en la libertad de elección, sino sobre resultados particulares, y por lo tanto presume que los actores individuales se comportan “correctamente” solo si trabajan para alcanzar estos objetivos.⁸⁶

Por otra parte, Posner sostiene que la riqueza y prosperidad en los países que analiza son un resultado del principio de maximización de la riqueza. Por lo tanto, Posner supone un estado mínimo sin regulación social o política económica alguna. Sin embargo, los críticos de la postura de Posner señalan que los países que él contempla –particularmente Estados Unidos y Europa occidental– han prosperado precisamente *porque* sus sistemas jurídicos protegen los derechos individuales a través de

84 POSNER (1993).

85 KUENZLER (2008).

86 KRONMAN (1980).

políticas económicas y sociales equitativamente balanceadas.⁸⁷ Se sostiene que estos países nunca han llevado a cabo una política radical de liberalismo *laissez-faire*, como Posner parece sugerir.⁸⁸

4. CONCLUSIÓN

La discusión sobre los fundamentos filosóficos de la racionalidad de la eficiencia económica demuestra que no hay una posición convincente basada en la cual podría justificarse un sistema jurídico Kaldor-Hicks eficiente. Una sociedad orientada puramente en la eficiencia se asemejaría más claramente a la posición filosófica del utilitarismo, y compartiría sus deficiencias eliminando al mismo tiempo sus fortalezas. Los intentos por justificar la racionalidad de la eficiencia económica basados en la teoría del consenso son incluso menos convincentes. La eficiencia Kaldor-Hicks es polémica porque siempre habrá miembros de la sociedad que resultarán perjudicados en un sistema social que maximiza la riqueza. Todas las justificaciones teóricas basadas en el consenso recurren en último término al utilitarismo y presentan nuevos problemas no resueltos.

A primera vista, la perspectiva pragmatista de Posner, bajo la cual la eficiencia económica debiera perseguirse para cumplir otros objetivos sociales, pareciera por consiguiente ser atractiva. Pero este argumento termina siendo una apología por una economía de *laissez-faire* como una parte central del capitalismo del libre mercado. Adicionalmente, la hipótesis de Posner según la cual la maximización de la riqueza lleva aparejada más derechos políticos y más libertad y dignidad humana termina siendo falsa. El estado mínimo contemplado por Posner ha sido abolido desde hace mucho tiempo –incluso si estas ideas son resucitadas en todas las partes del mundo actual– en un esfuerzo por mitigar las consecuencias del capitalismo y sus inaceptables repercusiones en la dignidad humana.⁸⁹ Por lo tanto, los argumentos de Posner difícilmente pueden ofrecer una justificación comprensiva de la racionalidad de la eficiencia económica sobre la cual se supone que se basan las sociedades liberales.

87 STIGLITZ (2013).

88 KROSZNER y SHILLER (2013).

89 Véase WALDRON (2012).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALCHIAN, Armen (1965). "Some Economics of Property Rights", *Il Politico*, Vol. 30, N° 4, pp. 816-829.
- ASSMANN, Heinz-Dieter; KIRCHNER, Christian y SCHANZE, Erich (1993). *Ökonomische Analyse des Rechts* (Mohr Siebeck, 2a ed.).
- ARROW, Kenneth J. (1951). *Social Choice and Individual Values* (Yale University Press).
- BAUMOL, William J. (1977). *Economic Theory and Operations Analysis* (Prentice Hall, 4a ed.).
- BECKER, Gary S. (1968). "Crime and Punishment: An Economic Approach", *Journal of Political Economy*, Vol. 76, N° 2, pp. 169-217.
- BECKER, Gary S. (1976). *The Economic Approach to Human Behavior* (University of Chicago Press).
- BENTHAM, Jeremy (1962). "An Introduction to the Principles of Morals and Legislation", in BOWRING, John (ed.), *The Works of Jeremy Bentham* (Russell & Russell).
- BLAKE, Harlan M. y JONES, William K. (1965). "In Defense of Antitrust", *Columbia Law Review*, Vol. 65, N° 3, pp. 377-400.
- BORK, Robert (1978). *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself* (Basic Books).
- BOWLES, Samuel (1998). "Endogenous Preferences: The Cultural Consequences of Markets and Other Economic Institutions", *Journal of Economic Literature*, Vol. 36, N° 1, pp. 75-111.
- BUCHANAN, James M. (1991). "Opportunity Cost", in EATWELL, John; MILGATE, Murray y NEWMAN, Peter (eds.), *The World of Economics* (Macmillan), pp. 520-525.
- CALABRESI, Guido (1961). "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", *Yale Law Journal*, Vol. 7, N° 4, pp. 499-553.
- CALABRESI, Guido (1970). *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis* (Yale University Press).
- CALABRESI, Guido (1991). "The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further", *Yale Law Journal*, Vol. 100, N° 5, pp. 1211-1237.
- CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas A. (1972). "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", *Harvard Law Review*, Vol. 85, N° 6, pp. 1089-1128.
- COASE, Ronald H. (1960). "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, Vol. 3, pp. 1-44.

- COLEMAN, Jules L. (2003). *Markets, Morals, and the Law* (Oxford University Press).
- COOTER, Robert y ULEN, Thomas S. (2016). *Law and Economics* (Addison-Wesley, 6th edn.).
- DWORKIN, Ronald M. (1980a). "Is Wealth a Value?", *Journal of Legal Studies*, Vol. 9, N° 2, pp. 191-226.
- DWORKIN, Ronald M. (1980b). "Why Efficiency?", *Hofstra Law Review*, Vol. 8, N° 3, pp. 563-590.
- FEHR, Ernst y SCHMIDT, Klaus M. (2003). "Theories of Fairness and Reciprocity: Evidence and Economic Applications", en DEWATRIPONT, Mathias; HANSEN, Lars P. and TURNOVSKY, Stephen J. (eds.), *Advances in Economics and Econometrics* (Cambridge University Press).
- GINTIS, Herbert (1974). "Welfare Criteria with Endogenous Preferences: The Economics of Education", *International Economic Review*, Vol. 15, N° 2, pp. 415-430.
- GOSEN, Hermann H. (1983). *Laws of Human Relations and the Rules of Human Action Derived Therefrom* (MIT Press).
- HARSANYI, John C. (1953). "Cardinal Utility in Welfare Economics and in the Theory of Risk-taking", *Journal of Political Economy*, Vol. 61, N° 5, pp. 434-435.
- HARSANYI, John C. (1955). "Cardinal Welfare, Individualistic Ethics, and Interpersonal Comparisons of Utility", *Journal of Political Economy*, Vol. 63, N° 4, pp. 309-321.
- HAUSMAN, Daniel M. (2012). *Preferences, Value, Choice, and Welfare* (Cambridge University Press).
- VON HAYEK, Friedrich A. (1945). "The Use of Knowledge in Society", *American Economic Review*, Vol. 35, N° 4, pp. 519-530.
- HICKS, John R. (1939). "The Foundations of Welfare Economics", *Economic Journal*, Vol. 49, N° 196, pp. 696-712.
- HOLMES, Oliver W. (1897). "The Path of the Law", *Harvard Law Review*, Vol. 10, N° 8, pp. 457-478.
- IRIGOYEN-TESTA, Matías (2015). "Punitive Damages in Developing Countries: The Argentine Case", *Latin American and Iberian Journal of Law and Economics*, Vol. 1, N° 1, pp. 79-93.
- KALDOR, Nicholas (1939). "Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility", *Economic Journal*, Vol. 49, N° 195, pp. 549-552.
- KANTOROWICZ, Hermann (1934). "Some Rationalism about Realism", *Yale Law Journal*, Vol. 43, N° 8, pp. 1240-1253.
- KEYNES, John M. (1924). *A Tract on Monetary Reform* (Macmillan).
- KREPS, David M. (1990). *A Course in Microeconomic Theory* (Princeton University Press).
- KRONMAN, Anthony T. (1980). "Wealth Maximization as a Normative Principle", *Journal of Legal Studies*, Vol. 9, N° 2, pp. 227-242.

- KROZNER, Randall S. y SHILLER, Robert J. (2013). *Reforming U.S. Financial Markets: Reflections Before and Beyond Dodd-Frank* (MIT Press).
- KUENZLER, Adrian (2008). *Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? Zur Frage nach den Aufgaben des Rechts gegen private Wettbewerbsbeschränkungen* (Mohr Siebeck).
- KUENZLER, Adrian (2017a). “Dilution Law, Vertical Agreements, and the Construction of Consumption”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 37, N° 1, pp. 75-104.
- KUENZLER, Adrian (2017b). “Promoting Access over Ownership: Realigning Anti-trust and Intellectual Property Law to Usher in an Era of Collaborative Consumption”, *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, Vol. 19, N° 3, pp. 473-543.
- KUENZLER, Adrian (2017c). *Restoring Consumer Sovereignty. How Markets Manipulate Us and What the Law Can Do About It* (Oxford University Press).
- KUENZLER, Adrian y KYSAR, Douglas (2014). “Environmental Law”, en ZAMIR, Eyal y TEICHMAN, Doron (eds.), *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law* (Oxford University Press).
- LANDES, William M. y POSNER, Richard A. (1975). “The Private Enforcement of Law”, *Journal of Legal Studies*, Vol. 4, N° 1, pp. 1-46.
- LITTLE, Ian M. (1957). *A Critique of Welfare Economics* (Clarendon Press, 2nd edn.).
- MACKIE, John L. (1977). *Ethics: Inventing Right and Wrong* (Penguin).
- MARSHALL, Alfred (1920). *Principles of Economics* (Macmillan, 8th edn.).
- MENAND, Louis (2001). *The Metaphysical Club. A Story of Ideas in America* (Farrar, Straus and Giroux).
- MENGER, Carl (1950). *Principles of Economics* (Free Press).
- MILL, John S. (1860). *On Liberty* (Parker, 2nd edn.).
- MILL, John S. (1863). *Utilitarianism* (Parker).
- NAGEL, Thomas (1989). *The View from Nowhere* (Oxford University Press).
- OTT, Walter y REA-FRAUCHIGER, Maria Anna (2018). *The Varieties of Legal Positivism. The Hitler Argument and Other Objections to Legal Positivism* (Dike/Nomos).
- PARETO, Vilfredo (2014). *Manual of Political Economy. A Critical and Variorum Edition* (trans. Aldo Montesano; Alberto Zanni; Luigino Bruni; John S. Chipman and Michael McLure, Oxford University Press).
- PARFIT, Derek (1986). *Reasons and Persons* (Clarendon Press).
- PARGENDLER, Mariana y SALAMA, Bruno (2015). “Law and Economics in the Civil Law World: The Case of Brazilian Courts”, *Tulane Law Review*, Vol. 90, No 2, pp. 439-470.
- PIGOU, Arthur C. (1932). *The Economics of Welfare* (Macmillan, 4th edn.).

- POLINSKY, A. Mitchell (1974). "Economic Analysis as a Potentially Defective Product: A Buyer's Guide to Posner's 'Economic Analysis of Law'", *Harvard Law Review*, Vol. 87, N° 8, pp. 1655-1681.
- POSNER, Richard A. (1979). "Utilitarianism, Economics, and Legal Theory", *Journal of Legal Studies*, Vol. 8, N° 1, pp. 103-140.
- POSNER, Richard A. (1980). "The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication", *Hofstra Law Review*, Vol. 8, N° 3, pp. 487-507.
- POSNER, Richard A. (1983). *The Economics of Justice* (Harvard University Press, 2a ed.).
- POSNER, Richard A. (1993). *The Problems of Jurisprudence* (Harvard University Press).
- POSNER, Richard A. (1995). "Wealth Maximization and Tort Law: A Philosophical Inquiry", en OWEN, David G. (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law* (Oxford University Press), pp. 99-111.
- POSNER, Richard A. (2014). *Economic Analysis of Law* (Wolters Kluwer, 9a ed.).
- PRIEST, George L. (1977). "The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules", *Journal of Legal Studies*, Vol. 6, N° 1, pp. 65-82.
- RAWLS, John (1999). *A Theory of Justice* (Harvard University Press, 2a ed.).
- REA-FRAUCHIGER, Maria Anna (2005). *Der amerikanische Rechtsrealismus: Karl N. Llewellyn, Jerome Frank, Underhill Moore* (Duncker & Humblot).
- ROBBINS, Lionel C. (1937). *An Essay on the Nature & Significance of Economic Science* (Macmillan, 2a ed.).
- ROBBINS, Lionel C. (1938). "Interpersonal Comparisons of Utility: A Comment", *Economic Journal*, Vol. 48, N° 192, pp. 635-641.
- SCANLON, Thomas M. (2003). *The Difficulty of Tolerance. Essays in Political Philosophy* (Cambridge University Press).
- SCHÄFER, Hans-Bernd y OTT, Claus (2005). *The Economic Analysis of Civil Law* (Edward Elgar).
- SCHWARTZ, Alan (2015). "Regulating for Rationality", *Stanford Law Review*, Vol. 67, N° 6, pp. 1373-1410.
- DE SCITOVSKY, Tibor (1951). "The State of Welfare Economics", *American Economic Review*, Vol. 41, N° 3, pp. 303-315.
- SEN, Amartya K. (1993). "Markets and Freedoms: Achievements and Limitations of the Market Mechanism in Promoting Individual Freedoms", *Oxford Economic Papers*, Vol. 45, N° 4, pp. 519-541.
- SEN, Amartya K. (1997). *Choice, Welfare and Measurement* (Harvard University Press).
- SHAVELL, Steven (2004). *Foundations of Economic Analysis of Law* (Belknap Press).
- STIGLER, George J. y BECKER, Gary S. (1977). "De Gustibus Non Est Disputandum", *American Economic Review*, Vol. 62, N° 2, pp. 76-90.

- STIGLITZ, Joseph E. (2013). *The Price of Inequality: How Today's Divided Society Endangers Our Future* (Norton).
- THORELLI, Hans B. (1955). *The Federal Antitrust Policy: Origination of an American Tradition* (Johns Hopkins Press).
- TOWFIGH, Emanuel V. y PETERSEN, Niels (2017). *Ökonomische Methoden im Recht* (Mohr Siebeck, 2nd edn.).
- WALDRON, Jeremy (2012). *Dignity, Rank, and Rights* (Oxford University Press).
- WILLIAMSON, Oliver E. (1968). "Economics as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs", *American Economic Review*, Vol. 58, N° 1, pp. 18-36.

