



REVISTAS CIENTÍFICAS
de la Universidad Católica del Norte.
revistas.ucn.cl

doi 10.22199/issn.0718-9753-2021-0010

DERECH



Coquimbo
ISSN: 0718-9753 (En línea)

Análisis económico en el derecho: defensa de una metodología

Economic analysis and law: defense of a methodology

Hugo Alberto Osorio Morales¹  <https://orcid.org/0000-0002-8918-4170>

¹Universidad Austral de Chile, Valdivia, Chile. Profesor de Derecho Tributario y Economía. Juez Tributario y Aduanero, Región de Los Ríos. Magíster en Tributación, U. de Chile, Chile.

 hugo.osorio.morales@gmail.com



Resumen:

Se aborda críticamente los fundamentos metodológicos y normativos del análisis económico del derecho, expone sus principales desafíos y presenta algunas evaluaciones preliminares. En particular, en el trabajo se discuten el modelo de elección racional, la propuesta de neutralidad valórica y las razones que podrían justificar el uso del criterio de eficiencia como guía normativa del ordenamiento social. De este modo, se percibe que el análisis económico provee un nuevo programa de investigación, con un marco teórico, metodología y herramientas analíticas.

Palabras Clave: Derecho y economía; Elección racional; Eficiencia.

Abstract:

The methodological and normative foundations of the economic analysis of law are critically addressed, sets forth its main challenges and presents some preliminary assessments. In particular, the model of rational choice, the proposal of value neutrality, the concept of efficiency, and the reasons that could justify the use of efficiency as a social policy guide are discussed in the article. Thus, it's possible to realize that economic analysis of law provides a new research program with its theoretical framework, methodology and analytical tools.

Keywords: Law and economics; Rational choice; Efficiency.

Fecha de recepción: 26 de octubre de 2018 | Fecha de aceptación: 03 de marzo de 2020

Introducción

Leiter (2012, p. 867) propone que el enfrentamiento entre moralismo y realismo, que él ve en las posturas de las escuelas jurídicas deontológica y realista, no se limita al derecho, ni se encuentra solamente en el pensamiento contemporáneo, sino que se extiende a todas las áreas del conocimiento y puede observarse en todas las épocas. Propone, de hecho, como ejemplos paradigmáticos de la posición realista y moral, respectivamente, a Tucídides y Platón. Su propuesta es interesante porque invita a preguntarse qué teoría permite conocer de mejor forma el mundo. Cuando Tucídides intenta comprender las causas tras las graves condiciones impuestas por los atenienses al derrotado pueblo Melio, imagina un diálogo en donde los primeros se niegan a ofrecer tranquilizadoras, pero en definitiva ficticias, razones morales, de merecimiento o de justicia, que justifiquen sus imposiciones. Prefieren afirmar, con fría sinceridad, que "...en el cálculo humano, la justicia solo se plantea entre fuerzas iguales. En caso contrario, los más fuertes hacen todo lo que está en su poder y los débiles ceden" (Tucídides, 2014, p. 541). Semejante explicación no resulta reconfortante y ciertamente no da cuenta del mejor de los mundos posibles. Pero al menos parece explicar adecuadamente el fenómeno histórico que el historiador intentaba describir. La actitud de Platón es, en esto, radicalmente distinta. Afirma que el mundo, correctamente entendido, tendrá necesariamente sentido moral (Leiter, 2012, p. 876), y su Sócrates nos cuenta -en el diálogo "Fedón"- que, ilusionado con la ciencia de Anaxágoras, esperaba que el científico le señalara si la tierra está en el centro del mundo, si es redonda o plana y las velocidades de la tierra, la luna y los astros. Pero no quería solo las respuestas. Esperaba, además, que el sabio le explicara, "...por qué es mejor que la tierra sea de tal forma" (Platón, 2014, 97e). y "...de qué modo le es mejor a cada uno experimentar lo que experimenta" (Platón, 2014, 98a). Agrega que luego de leer sus textos, se sintió defraudado, pues el científico ateniense no basaba sus explicaciones en qué era "...lo mejor para cada uno y el bien común para todos" (Platón, 2014, 98a), sino que en "...aires, éteres, aguas y otras muchas cosas absurdas" (Platón, 2014, 98c).

Los juristas suelen mirar con desconfianza la metodología económica. En su libro "La Justicia con Toga", Dworkin (2007) critica la "cruzada anti teoría" que, a su juicio, lideraría Richard Posner, uno de los principales exponentes de la escuela de Derecho y Economía. A su juicio, Posner, ese "nuevo Bulldog de Darwin" (p. 89), adscribiría, en forma oculta, a un implacable pragmatismo darwiniano (Dworkin, 2007, pp. 105-111) El problema, explica, es que existen dos formas de resolver los problemas jurídicos: el "teorizado" que él propone, basado en una amplia red de principios jurídicamente derivados; y el "práctico", que propondría Posner, donde solo cabe preguntarse sobre el problema práctico inmediato y las posibles consecuencias de las decisiones, análisis para el cual resultarían inútiles teorías amplias, generales y complejas como la suya (Dworkin, 2007, pp. 64 y65).

Lo cierto es que el Análisis Económico del Derecho se basa en una teoría. Afirma que los casos que analizan los Tribunales Superiores tienen elementos de indeterminación, que los jueces muchas veces resuelven influenciados por razones morales o políticas, no jurídicas; y propone resolver los casos en base a un análisis de costo/beneficio (Leiter, 2012, pp. 866-867). La diferencia central entre las posturas de Dworkin y Posner no radica en que la primera sea teórica y la segunda práctica, sino en que proponen dos tipos distintos de teoría: una moral y otra realista. La teoría moral analiza los problemas jurídicos a partir de cómo las cosas debieran ser. En su visión, existen respuestas correctas para todos los problemas jurídicos y es a través de una interpretación constructiva y moral que se puede llegar a ellas (Leiter, 2012, pp. 867 y 871). La teoría realista, en cambio, tiene su punto de partida en cómo las cosas realmente son. Asume que los problemas jurídicos no siempre tienen una sola respuesta correcta posible y es escéptica en relación a que las razones y doctrinas que los jueces invocan en sus sentencias expliquen realmente el motivo de sus decisiones (Leiter, 2013, p. 954).

Una superficial revisión de la literatura nacional permite constatar una particular indiferencia hacia las propuestas del Análisis Económico del Derecho. Lo anterior, no obstante tratarse de una de las corrientes jurídicas de mayor desarrollo en los últimos 30 años, particularmente en el mundo anglosajón -el desarrollo del Análisis Económico del Derecho ha sido vertiginoso, particularmente en Estados Unidos. El "éxito" de la escuela suele reconocerse incluso por sus más enconados críticos. Ver, por ejemplo, Nussbaum (1997). Es posible que tal desconfianza provenga de la errada idea de que la metodología se identifica con escuelas económicas de derecha, como recuerda Robert Cooter, es habitual atacar al Análisis Económico del Derecho señalando que se trata de una propuesta de la *Escuela de Chicago*, "una expresión clara de la derecha conservadora norteamericana". (Cooter y Acciarri, 2012, p. XI). Es cierto que algunos de los autores adscritos a la escuela de Chicago, a la que, por cierto, pertenecen Posner y algunos de las prominentes expositores de la escuela, tienden a adherir en forma más o menos estricta a los principios del libre mercado. Pero la economía, como todas las ciencias, permite innumerables matices: existen economistas neoliberales, neoclásicos igualitaristas, marxistas, conductuales, institucionales, etc. Los juristas que pretenden hacer uso de las herramientas económicas pueden y suelen recurrir a todos ellos – Mercurio y Medema (2006), identifican y analizan las propuestas de las siguientes escuelas dentro del Análisis Económico del Derecho: *Chicago Law and Economics*, *Public Choice Theory*, *Institutional Law and Economics*, *The New Institutional Economics*, *New Haven*, *Modern Civic Republican*, *Austrian Approach*, entre otras-. La indiferencia, en cualquier caso, parece estar cediendo frente al incipiente desarrollo de estudios basados en su metodología. Así, por ejemplo, en nuestro país, Raúl Letelier Wartenberg recientemente ha desarrollado diversos estudios vinculados al Análisis Económico del Derecho Administrativo, incluyendo proyectos FONDECYT (Análisis Económico del Derecho Administrativo, Proyecto N°1161037,

año 2016-2018), cursos de Análisis Económico del Derecho Administrativo y Análisis Económico de la Justicia Administrativa en 2015.

El trabajo que sigue pretende abordar críticamente algunos de los elementos centrales del Análisis Económico del Derecho. El cual puede realizarse desde una perspectiva legal o económica; y, ya dentro del enfoque jurídico, puede centrarse en discutir las soluciones prácticas que el análisis económico proporciona a problemas concretos, o en la metodología y técnicas que permiten llegar a tales respuestas o, en fin, en las teorías e ideologías que los juristas-economistas sostienen acerca del derecho, la ciencia jurídica y la función judicial (Chiassoni, 2013, p. 11). El presente artículo se desarrolla en la segunda de las perspectivas mencionadas. Pretende describir los elementos centrales de los fundamentos analíticos y normativos del análisis económico, discutir algunas de las críticas a que han sido sometidos, y ofrecer ciertas conclusiones preliminares.

El artículo se organiza en tres secciones, además de la introducción y las conclusiones. Primero, expone críticamente el principio de neutralidad valórica (1) y las bases del modelo de elección racional (2). Luego, analiza el planteamiento normativo del análisis económico y discute sus principales cuestionamientos (3).

1. Neutralidad valórica

Conforme a la propuesta económica neoclásica, los fines elegidos por los agentes no se sujetan a deliberación racional. Solo cabe deliberar sobre los medios para alcanzarlos (Nussbaum, 1997, p. 1207). Es cierto, las personas reflexionan continuamente sobre la deseabilidad o valor de sus preferencias, pero es el resultado de tales reflexiones, manifestadas en sus elecciones, lo único que interesa al análisis económico. Conforme a este escepticismo deontológico, la pregunta sobre cuál es, en último término, la medida de lo correcto, o bien carece de sentido, o bien no tiene respuesta en absoluto. Puede discutirse racionalmente sobre las formas de lograr lo que las personas quieren o sus consecuencias, pero no sobre el valor intrínseco o moral de sus elecciones. No hay más juez respecto al valor de las cosas que las propias personas.

Esta neutralidad valórica tiene su correlato en la utilización del mercado como herramienta central de coordinación y distribución de recursos. Contra ella, se han formulado diversas críticas que apuntan, en términos generales, a la inconveniencia de articular un orden social a través de un sistema neutro y basado en las preferencias de las personas.

1.1. Límites del mercado

La extraordinaria expansión en las últimas décadas del mercado a áreas que tradicionalmente operaban bajo otras formas de coordinación social ha llevado a cuestionarse sobre los límites de tal expansión. Sandel (2013)¹, por ejemplo, propone que existen al menos tres casos o ámbitos en los que el mercado no debiera operar. Primero, cuando la intervención del mercado –inadvertidamente– transforma el valor de lo que transa, por lo que resulta en definitiva ineficaz. Segundo, cuando las soluciones que proporciona son injustas porque se basan en capacidades de pago que reflejan condiciones de desigualdad. Tercero, cuando se trata de materias que simplemente no debieran someterse al mercado porque al hacerlo se atenta contra determinados principios morales. Las categorías propuestas por Sandel (2013, p. 49 y ss.) no son excluyentes, por ejemplo, cuestiona un proyecto privado que ofrece dinero a madres drogadictas por esterilizarse debido a que las mujeres afectadas, debido a sus condiciones sociales, no actúan en forma libre, sino coaccionadas por su pobreza y adicción: Pero se opone también a dicho proyecto porque semejante transacción corrompe el bien que se transa, esto es, la facultad o capacidad de reproducción (Sandel, 2013, p. 49 y ss.). El problema de la desigualdad se abordará en la sección tercera. A continuación, analizamos el primer y tercer caso, que denominaremos, respectivamente, cuestionamiento consecuencial y categórico.

Desde una perspectiva consecuencial, se afirma que los mercados modifican el sentido de lo que transan, generando resultados ineficientes. De acuerdo a la teoría neoclásica, el uso de los mercados, meros instrumentos de coordinación, debiera ser neutro, esto es, no debiera modificar las preferencias. Sin embargo, no siempre es así. En un estudio ya clásico (Gneezy y Rustichini, 2000, p. 1), se investigó lo que sucedía luego de imponer multas a los padres que recogían con atraso a sus párvulos en centros de cuidado. Naturalmente, se esperaba que la amenaza de multas reduciría los atrasos porque el incentivo económico que suponían reforzaría las “buenas” razones, o motivos no económicos que ya restringían los incumplimientos: empatía, pudor social, etc. Lo que sucedió, sin embargo, fue que los atrasos aumentaron. La implantación de las multas había transformado a los atrasos en una mercancía transable por la que los padres estaban dispuestos a pagar, destruyendo de paso los valores y principios que anteriormente los limitaban. Resultados análogos se han observado en algunos otros casos, por ejemplo, los estudios de Richard Titmuss sobre la obtención de sangre en forma gratuita en Gran Bretaña y su comparación con la

¹ También menciona explícitamente su preocupación por la desigualdad y el poder corruptor del mercado. Sin embargo, en muchos de los casos que estudia se presenta un problema adicional: en ocasiones el mercado simplemente sería ineficaz porque inadvertidamente transforma lo que transa. Tal cosa ocurre, por ejemplo, en el caso del pago de multas por atrasos que se aborda en el párrafo siguiente, y que el autor menciona en pp. 120 y ss. Sumado a lo anterior, Sandel sugiere, como idea general, que la expansión del mercado a todas las transacciones sociales arriesga eliminar ciertas virtudes cívicas sobre las que se sostiene la vida pública (el punto se indica explícitamente en pp. 21-22). Para los fines del presente artículo, se estudiarán los tres límites mencionados.

compra en Estados Unidos. No solamente existía mayor escasez en Estados Unidos, sino que la calidad de la sangre norteamericana era inferior porque quienes la proveían tendían a ocultar sus enfermedades (citado en Reiss, 2013, p. 251; y Hausman, McPherson y Santz, 2017, p. 100). El cuestionamiento es consecuencial porque sugiere que el uso de incentivos económicos podría resultar contraproducente para el logro de los objetivos que se buscan al implantarlos. La respuesta no puede sino ser empírica. Si el uso de incentivos económicos generalmente produce el desplazamiento de las “buenas razones” del comportamiento buscado y lo hace al punto de llevar a resultados inversos a los esperados, ciertamente se trataría de un cuestionamiento directo al modelo de comportamiento que sostiene el razonamiento económico. Lo cierto, sin embargo, es que la destrucción de valores o modificación de preferencias se produce en casos excepcionales. Prácticamente todos los países, y en forma creciente, utilizan incentivos económicos para promover resultados de la más diversa naturaleza y lo hacen, precisamente, porque de esa forma se obtienen resultados efectivos. No obstante ello, la detección de estos casos es sin duda relevante porque llama a una mayor cautela y evidencia que el mercado es capaz en ciertos casos de corromper los valores que sostienen el comportamiento social.

La segunda crítica es categórica. Sostiene que al mercantilizarse ciertos bienes se les degrada a ellos y a quienes participan en su tráfico (Reiss, 2013, p. 247 y ss.). No apunta a dificultades prácticas ni a eventuales problemas distributivos². Lo que afirma es que la mera existencia de ciertos mercados resulta inaceptable. Por ejemplo, aunque se demostrase que un mercado de niños en adopción puede resolver un problema de escasez y que el bienestar de los afectados aumenta, la sola idea de construir semejante mercado parece inaceptable. No por razones distributivas, sino derechamente morales. Incluso Posner (2014, p. 35), uno de los principales exponentes del Análisis Económico del Derecho en su línea más afín al libre mercado, afirma que el ámbito de la justicia excede lo que la economía o la preocupación por la eficiencia pueden explicar y que, por eso, aunque permitir la autoincriminación criminal pudiera resultar eficiente, seguiría siendo, por buenas razones, inaceptable. Al respecto, parece indudable que contemos con poderosas intuiciones morales que tienden a fijar límites a la utilización de los mercados en ciertas materias. Sin embargo, superado este acuerdo inicial, la cuestión se complejiza debido a que establecer cuáles son estos límites no resulta en absoluto sencillo. Cualquier listado de las materias que debieran excluirse se construiría, necesariamente, a partir de las particulares concepciones morales de quienes los preparan. Esto invita a la cautela. Por ejemplo, muchas personas rechazan la legalización de la prostitución o la existencia de mercados de órganos humanos, de drogas, o de contaminación ambiental. Se fundan en sus particulares visiones sobre la sexualidad, la integridad física o moral. Pero el valor

² Pueden organizarse mercados en que la riqueza previa de los partícipes sea irrelevante, por ejemplo, a través de seguros públicos o donaciones recíprocas.

de tales perspectivas no es evidente. Diversos países han legalizado la prostitución y la venta de ciertas drogas. Aunque actualmente sólo Irán cuenta con un mercado legal de riñones, se discute en diversas latitudes la conveniencia de implantarlo (Hausman et al., 2017, p. 97 y ss.). Hasta hace apenas unos años la idea de permitir “pagar por contaminar” parecía descabellada, pero actualmente el uso de herramientas de mercado con fines conservacionistas es generalizado. Algunos autores siguen oponiéndose a tales experimentos señalando, por ejemplo, en el caso de medioambiente, que su uso impediría el desarrollo de una actitud moral adecuada hacia la naturaleza y concedería una especie de permiso moral para producir un mal, de forma parecida a como se traficaban las indulgencias en el medioevo (Sandel, 2013, pp. 82-84). Cabe preguntarse si semejante oposición, particularmente en casos donde los resultados son urgentes y han sido efectivos, resulta sensata.

1.2. La crítica paternalista

La crítica paternalista apunta a que las preferencias y elecciones de las personas suelen ser erradas, de manera que muchas veces no coinciden con sus reales intereses. Kennedy (1982), por ejemplo, propone que las personas suelen sufrir de “falsa conciencia” y simplemente están equivocadas sobre lo que es bueno para ellas. El derecho debe, en consecuencia, intervenir, incluso en contra de su voluntad.

Lo cierto, sin embargo, es que, salvo algunas áreas precisas, como la regulación laboral y la protección al consumidor, el derecho opera, como por lo demás el propio Kennedy (1982, p. 568) reconoce, sobre la base de que las personas son autónomas y pueden disponer de sus esferas jurídicas. Ello implica que sus elecciones deben en principio aceptarse, incluso si, desde alguna perspectiva externa pudieran existir otras mejores. Aceptar una perspectiva paternalista como principio generalizado de ordenamiento social, no solo amenaza principios esenciales de la sociedad liberal, sino que se sostiene sobre el cuestionable supuesto de que el legislador, los jueces, o tal vez los juristas, podrían por regla general conocer, mejor que los propios interesados, lo que es bueno para ellos.

2. Modelo de elección racional

La teoría económica neoclásica se sostiene sobre un modelo de racionalidad práctica. Conforme a él, los individuos actúan optimizando los medios con que cuentan con miras a satisfacer sus preferencias. Dado que las preferencias, cuando son reveladas a través de elecciones, pueden ordenarse, la propuesta permite construir modelos en donde los individuos son reemplazados por funciones de utilidad, reconstruyendo así, en forma lógica, su comportamiento racional (Davis, 2012, pp. 464

y 465)³. Este supuesto no afirma, desde luego, que las personas mediten racionalmente cada una de sus decisiones, ni que comparen caso a caso sus ventajas y desventajas. Tampoco desconoce que las personas responden a emociones, estados mentales, creencias y deseos; y que muchas veces deciden sin contar con toda la información relevante. Así, por ejemplo, Nussbaum (1997, p. 1209 y ss.), critica la pobreza del supuesto de que el comportamiento de los individuos se explica exclusivamente por sus “preferencias”, sin considerar diversos elementos adicionales que explican el comportamiento humano. Eso, a su juicio, le resta poder descriptivo a la propuesta del Análisis Económico del Derecho.

La propuesta es conscientemente reduccionista. No solamente reconduce todos los elementos subjetivos relevantes en cada una de las elecciones a las preferencias individuales; sino que, en el entendido de que se pretende sustentar una ciencia empírica, solo se interesa por tales preferencias en cuanto son reveladas, esto es, identifica las preferencias con las elecciones. Los estados mentales no son observables, las elecciones, sí. Porque la economía pretende ser empíricamente contrastable, recurre exclusivamente a las segundas. Aunque semejantes simplificaciones puedan parecer a primera vista cuestionables, en esto la economía no es distinta a las demás ciencias. Como señala Nussbaum (1997, p. 1201), por lo demás reconocida crítica del Análisis Económico del Derecho, los modelos científicos suelen no corresponder a la compleja fenomenología de la realidad, y su valor depende, en definitiva, de su poder predictivo. Solow (1956, p. 65), en un trabajo de economía ya clásico, señaló que todas las teorías dependen de supuestos que no son del todo ciertos y que eso es, precisamente, lo que les permite ser teorías.

La economía y el Análisis Económico del Derecho aspiran a operar bajo los criterios metodológicos de las ciencias naturales, reconocen sus supuestos, utilizan modelos formales rigurosos basados en las matemáticas y la lógica, y realizan predicciones falseables que puedan descartarse mediante observaciones objetivas (Posner, 2015, p. 3). Propone como criterio de valoración el poder predictivo, no el realismo – ni la deseabilidad – de sus presupuestos.

El modelo de elección racional señala que es posible explicar y predecir el comportamiento individual y social, siempre que ambos respondan a preferencias y elecciones racionales, y que serán racionales cuando sean capaces de ordenar las opciones con que se cuenta bajo ciertas condiciones básicas. Se analizan a continuación, brevemente, algunos cuestionamientos al modelo de especial relevancia para el Análisis Económico del Derecho, vinculados al comportamiento altruista, a las exigencias normativas de la racionalidad y a los hallazgos de la economía conductual.

³ Bajo condiciones de riesgo o incertidumbre la situación es algo más compleja, pero en definitiva sustancialmente idéntica: recurriendo a una “teoría de utilidad esperada” se cuantifican las preferencias de acuerdo a las probabilidades de que el evento ocurra, arribándose así a un valor esperado.

Atendida la extensión del trabajo, no es posible abordar los problemas vinculados al hecho de que, en la práctica, no siempre las –a primera vista– sensatas exigencias de racionalidad se materializan: estabilidad temporal, invariabilidad frente a factores irrelevantes, completitud y transitividad. Tampoco es posible discutir las numerosas dificultades y paradojas derivadas de elecciones en situaciones de incertidumbre. Cada una de estas cuestiones han sido objeto de extensos estudios. Para una revisión introductoria de estas materias, Reiss (2013).

2.1. Las personas no siempre son maximizadoras

Suele criticarse al modelo de elección racional porque desconoce que las personas no siempre operan movidas por su interés personal. En palabras de Sen (1989, p. 33), aunque pueda no ser absurdo señalar que las personas en la práctica maximizan su propio interés, sí lo es afirmar que la racionalidad exige tal maximización. Sin embargo, lo cierto es que el modelo vincula el bienestar con la satisfacción de las preferencias de los individuos, no con sus intereses egoístas. Las preferencias manifestadas en elecciones son todo lo que el método económico requiere y utiliza (Hausman et al., 2017, p. 59).

No puede negarse que muchos economistas suscriben a ideologías que favorecen el individualismo, sosteniendo que las preferencias de las personas responden, o debieran responder, a la búsqueda de su propio interés. Sin embargo, las preferencias de los individuos se vinculan no sólo a sus intereses individualistas y monetarios, sino también a sus aspiraciones estéticas, sentimientos altruistas y sentido de pertenencia comunitario, entre numerosas otras motivaciones. Como señala Chiassoni (2013), puede esperarse mucho del análisis económico, siempre que no esté comprometido con una doctrina de la justicia “que protege la abstracción del *homo oeconomicus*, dañando al mismo tiempo al *homo politicus, moralis y socialis* de carne y hueso” (p 34). El modelo de racionalidad económico, descontada la ideología de sus usuarios, no se pronuncia sobre la naturaleza, bondad o mérito de las razones que explican las preferencias de las personas. Ciertamente, tampoco exige que sean egoístas.

2.2. Exigencias normativas de racionalidad

El supuesto de racionalidad suele criticarse sobre la base de que disimula, bajo una apariencia meramente descriptiva, elementos normativos. Al respecto, es efectivo que los analistas económicos suelen calificar de irracionales aquellas preferencias que no coinciden con su particular perspectiva. Sin embargo, dado que los economistas sostienen el principio de neutralidad valórica, tal posición resulta inherentemente contradictoria. Por ejemplo, se ha observado que los pasajeros aéreos suelen valorar la pérdida de su equipaje en una suma mayor que el costo monetario de lo que contienen. Las razones tras esta particular y generalizada valoración no son claras: es posible que los pasajeros sientan invadida su privacidad y/o traicio-

nada su confianza, y que, por alguna razón, tales sentimientos se vean exacerbados en el particular caso de los viajes aéreos. El punto, sin embargo, es irrelevante. Porque cualesquiera que sean las razones, si el economista quiere ser coherente con la neutralidad valórica, no puede sino aceptarlas (Calabresi, 2016, pp. 131 y ss.).

Un segundo cuestionamiento es que la racionalidad económica y la función de utilidad que exige, supone que las preferencias de las personas satisfagan ciertas propiedades que, aunque en principio parecen sensatas, en ciertos casos resultan irreales. Por ejemplo, el modelo racional supone completitud, esto es, que frente a todas las opciones se manifieste, o bien una preferencia determinada, o bien indiferencia. Sólo de esta forma es posible ordenar rigurosamente todas las preferencias de un universo de casos determinado. Pero, tal como observa Reiss (2013, p. 40), la negativa a elegir entre, por ejemplo, la muerte por fusilamiento o inyección letal, o a sacrificar una vida humana o perder una determinada cantidad de dinero, no se explica porque se es indiferente a las distintas opciones sino, más bien, a que las posibilidades impiden contar con una preferencia. Ser indiferente es mantener preferencias idénticas, no negarse o ser incapaz de manifestarlas (Hausman et al., 2017, p. 57). Los seres humanos finalmente deben tomar elecciones, pero ellas no necesariamente reflejan una preferencia. Si este tipo de situaciones se presentasen en forma habitual, sea que se vinculen con la exigencia de completitud, o con los de estabilidad, invariabilidad o no transitividad; su existencia efectivamente constituiría un serio desafío a la utilidad práctica del modelo. Sin embargo, y aunque el punto solo puede resolverse empíricamente, la naturaleza excepcional de los ejemplos que se utilizan para mostrar estas inconsistencias sugiere que se trata de situaciones más bien inusuales.

2.3. El desafío conductual

Investigaciones en las últimas dos o tres décadas, especialmente en el campo de la economía conductual, sugieren que la predicción del comportamiento de las personas puede mejorarse si se supera la concepción neoclásica de que las decisiones se toman sobre bases exclusivamente racionales y por individuos atomizados o aislados y se adopta, en cambio, un modelo más complejo, en donde las personas eligen en forma heurística, o bien influenciados por diversas tendencias psicológicas que desde el punto de vista neoclásico constituyen anomalías, además interactuando con los diversos grupos de que forman parte (Davis, 2012, p. 479). En particular, la economía conductual ha mostrado que las personas sistemáticamente se dejan influenciar por los costos pasados o hundidos, que valoran en mayor medida las cosas por el solo hecho de tenerlas, que tienden a asignar valores sobre bases comparativas, que en ocasiones se comportan conforme a un sentido de justicia no maximizador y que, en condiciones de incertidumbre, no necesariamente valoran las cosas en base a la teoría de expectativas de ganancias que propone la teoría neoclásica, sino que a partir de una basada en el valor prospectivo. Dado que el análisis neoclásico pretende ser explicativo y predictivo, tales hallazgos empíricos constituyen un desa-

fío importante a sus sustentos. Un examen histórico del desarrollo de la economía conductual, en Heukelom (2014). Una exposición general de los fundamentos de la escuela conductual, escrita por uno de sus principales exponentes, Thaler (2015).

Conviene, sin embargo, no exagerar los alcances del desafío conductual. Por una parte, la economía desde sus inicios ha reconocido que la exigencia de mercados competitivos se enfrenta a dificultades prácticas importantes. Tales dificultades suelen englobarse bajo el concepto general de “fallas del mercado” e incluye problemas tales como el control de mercado, asimetrías de información y externalidades, entre otros. En este contexto, la circunstancia de que el comportamiento y razonamiento humanos en ocasiones se alejen de los modelos racionales neoclásicos puede entenderse simplemente como una falla del mercado adicional (Heukelom, 2014, p. 1), que debe enfrentarse con todas las demás: construyendo modelos de mayor sofisticación que incorporen variables adicionales. Es importante observar, además, que muchos fenómenos psicológicos paradójicos descritos por los economistas conductuales o bien tienden a anularse a nivel agregado, o bien tienden a desaparecer a medida que las personas constatan los efectos contradictorios de sus elecciones y corrigen sus preferencias. En consecuencia, la economía conductual no vendría a reemplazar los paradigmas de la economía neoclásica, sino que simplemente a proporcionarles mayor realismo psicológico en determinadas materias, con el objeto de incrementar su poder explicativo.

Por otra parte, aunque es cierto que los economistas conductuales suelen sugerir en algunas materias un cierto paternalismo en la definición de las políticas públicas, tales propuestas distan mucho de constituir un llamado a abandonar los criterios generales neoclásicos. Thaler (2015), por ejemplo, señala que a partir de los estudios conductuales podría desprenderse la conveniencia, en ciertos casos, de adoptar un acercamiento de lo que denomina “paternalismo cuidadoso” pp. 323 y 324) o “paternalismo libertario” (pp. 357 y 358) (en términos similares, Heukelom, 2014, p. 200; y Reiss, 2013, p. 279). Libertario, porque semejante enfoque no buscaría reemplazar las preferencias de las personas, sino que, respetándolas, ayudar a que se manifiesten adecuadamente. Así, una clásica observación de los economistas conductuales es que las personas tienden a ahorrar para sus pensiones cantidades inferiores a las esperables a partir de sus preferencias (Heukelom, 2014, p. 184 y ss.). Para enfrentar el problema, suele sugerirse adoptar por *default* planes de mayor ahorro y diversificación, aunque permitiendo siempre que las personas escojan planes distintos.

En suma, los economistas conductuales no proponen el abandono del modelo neoclásico tradicional, sino que más bien invitan a su enriquecimiento y al relajamiento de algunas idealizaciones de la racionalidad. Además, no pretenden imponer a las personas medidas adecuadas desde una perspectiva externa o experta, sino que facilitar que sus elecciones voluntarias coincidan con sus preferencias.

3. El asalto normativo: eficiencia y economía de bienestar

La disciplina económica que analiza la deseabilidad a nivel agregado de distintas condiciones económicas, y evalúa las políticas, decisiones y acciones que impactan sobre ellas es la "Economía de Bienestar", *welfare economics* o welfarismo. Sus fundamentos son el bienestarismo, el aditivismo y el consecuencialismo. Sen (1989, p. 56) señala que tales serían los requisitos del utilitarismo. Como se verá enseguida, sin embargo, el concepto de bienestar económico no coincide exactamente con el del utilitarismo dado que no apunta al bienestar subjetivo, sino que a las preferencias exteriorizadas. Conforme al primero, el bienestar consiste en la satisfacción de las preferencias manifestadas en elecciones. Conforme al aditivismo, la deseabilidad de los estados sociales se determina mediante la simple suma de los bienestar individuales, esto es, la utilidad de dos estados puede diferir en cantidad, pero no en calidad. Finalmente, conforme al consecuencialismo, las decisiones, actos y acciones deben evaluarse moralmente en forma instrumental, esto es, no en base a su valor intrínseco, sino en razón a si consiguen, o contribuyen a alcanzar, el mejor estado de cosas (Núñez Vaquero, 2017, pp. 431-435).

Los elementos mencionados son independientes. El punto es importante porque permite distinguir conceptualmente al análisis económico del utilitarismo y porque evita, además, su colapso con el consecuencialismo –suele discutirse si es posible distinguir rigurosamente al utilitarismo del consecuencialismo. Generalmente se sostiene que el utilitarismo constituiría una especie dentro del género del consecuencialismo, aunque los exactos límites y contornos de uno y otro no resultan en absoluto precisos. Ver Bayón Mohíno (1989, pp. 463 y 464)–. La diferencia con el utilitarismo está dada por el bien u objetivo que se pretende alcanzar: no el mayor bienestar subjetivo, como proponía el utilitarismo clásico, sino que la satisfacción de las preferencias manifestadas en elecciones –en base a esta superación, Sen (1989, p. 56) afirma que los criterios económicos son, en realidad, post utilitarios–. En relación al consecuencialismo, lo cierto es que éste no dice nada acerca de qué estado de cosas es el deseable, ni cuál es el bien que se quiere maximizar (Núñez Vaquero, 2017, p. 431). Es posible concebir sofisticadas propuestas morales consecuencialistas que no se vinculen, como lo hacen los conscientemente reduccionistas criterios económicos, a las preferencias exteriorizadas de los individuos, sino que a uno o más principios o valores que, considerados en forma individual o pluralista, con o sin prioridad lexicográfica, definan lo que hace que un estado de cosas sea bueno (Bayón Mohíno, 1989).

Las teorías morales deontológicas habitualmente no buscan un equilibrio o maximización de valores o derechos, sino que los consideran como límites referidos directamente a las acciones, como señala Bayón Mohíno (1989, pp. 476-479), la distinción entre las propuestas consecuencialistas y deontológicas puede mantenerse con cierta claridad en los términos indicados siempre y cuando no se incorpore en el

análisis de deseabilidad del estado de cosas a la valoración del agente. Aunque esta última propuesta ha sido defendida por autores como Sen (1989), en general predomina la idea de que la moral consecuencialista, para ser tal, debe ser externa o neutral en relación al agente. Una moral deontológica de derechos que considere a la eutanasia inaceptable, por ejemplo, no lo hará bajo el argumento utilitario/económico de que su uso reduce el bienestar. Probablemente, tampoco lo hará porque su utilización llevaría a un menor respeto de ciertos derechos que se quiere proteger. De hecho, al realizar la calificación moral con independencia de las consecuencias, debería seguir rechazándola incluso si se demostrara empíricamente que su uso permitiría evitar el sufrimiento o incluso la muerte de numerosos inocentes. Bajo una moral deontológica, el rechazo a la eutanasia posiblemente se basará en que la vida constituye un derecho infranqueable que no puede ser violado, sin importar lo buenas que sean las posibles consecuencias de su aplicación, esto es, sin que ningún análisis instrumental o de medios/fines permita variar la conclusión.

La propuesta deontológica puede en ciertos casos resultar sensata. Como destaca Bayón Mohíno (1989, p. 477), en general estas propuestas parecen coincidir con cierta moral de "sentido común" a la que difícilmente las personas están dispuestas a renunciar. El problema es que tales posiciones cierran el paso a la racionalidad práctica intersubjetiva, dificultando o impidiendo resolver casos en donde existen conflictos entre derechos. Tales propuestas parecen especialmente inadecuadas para enfrentar los problemas derivados de la escasez económica, particularmente en materias donde las consideraciones económicas son los únicos o principales factores involucrados: distribución de riesgos, responsabilidad extracontractual, tributación, regulación de mercados. Es acá donde el análisis consecuencialista en general, y económico, en particular, parece de especial relevancia.

Por otra parte, no parece necesario coincidir con los supuestos del análisis económico, o con los del consecuencialismo, en general, para reconocer la relevancia moral de las consecuencias. MacCormick (2016, p. 184) señala que deben rechazarse los extremos que afirman que la justificación y corrección de las decisiones dependen exclusivamente de su naturaleza o calidad, con independencia de sus consecuencias. Incluso Dworkin (2007, p. 122) afirma que "por supuesto" los jueces deben tener en cuenta las consecuencias de sus decisiones, incluso llega a afirmar, sorprendentemente, que su propuesta es "claramente" consecuencialista antes que deontológica (Dworkin, 2007, p. 75). Aunque tales coincidencias puedan ser limitadas, resultan significativas. Suponen no solo un reconocimiento de que las sociedades constantemente deben enfrentar las consecuencias de sus elecciones, con sus inevitables dilemas vinculados a la escasez, por más que se empeñen en utilizar fórmulas institucionales que les permita ocultarlos; sino que advierten de los elevados costos de no someter tales decisiones a una deliberación racional. Diversos estudios, por ejemplo, han demostrado altos grados de incoherencia en las decisiones sociales tendientes a proteger vidas. Los países sistemáticamente gastan sumas elevadas para proteger la

vida de algunas personas, aunque eso signifique necesariamente dejar sin financiamiento otras medidas de menor costo que podrían salvar a muchas más (para un estudio clásico al respecto, ver, Tengs et al., 1995). El análisis económico puede en ocasiones resultar perturbador, pero es inevitable si se pretende alcanzar elecciones de mayor racionalidad. Un texto clásico del Análisis Económico del Derecho que estudia este tipo de dilemas, y las distintas formas en que las sociedades modernas asignan estos “recursos trágicos”, es Calabresi y Bobbit (1978).

3.1. Eficiencia económica

Los criterios de eficiencia se construyeron frente a la aparente imposibilidad de medir cuantitativamente el bienestar que obtienen las personas de diferentes estados de cosas. Y es que, aunque fácilmente puede observarse si una persona prefiere un bien a otro y, con algo más de dificultad, ordenar las preferencias de diversos individuos en relación a ciertos bienes, parece en la práctica imposible establecer la cuantía intrínseca de sus preferencias, esto es, describirlas en términos cardinales y no ordinales. Tal dificultad parecía impedir el desarrollo de una ciencia empírica basada en los criterios de bienestar utilitaristas. Los avances técnicos en mediciones neurológicas han llevado a especular que sería posible en un futuro próximo medir certeramente los grados de satisfacción o placer de las personas. Ello ha permitido a algunos economistas a plantear la plausibilidad de criterios de bienestar neo hedonistas (Hausman et al., 2017, p. 138 y ss.).

A mediados de los años 30's del siglo pasado se propone una simplificación adicional que permitiría superar el problema mencionado: identificar el bienestar con la satisfacción de las preferencias manifestadas en las elecciones de los individuos (a partir de los estudios y propuestas de Lioner Robbins, citado por Sen, 1989, p. 48). De tal simplificación surgen el criterio Pareto, que sostiene que un estado es superior a otro si aumenta la utilidad de una persona sin reducir la de otra, y el de Óptimo de Pareto, que indica que un estado es óptimo si –y solo si– no es posible aumentar la utilidad de una persona sin reducir la de otra. Dado que estos criterios se basan en la unanimidad, esto es, exigen que todos los partícipes coincidan en que la situación no puede mejorarse sin perjudicar a alguno de ellos, logran superar el problema de las comparaciones interpersonales de utilidad. Es importante resaltar que si bien los criterios de eficiencia mantienen la idea utilitaria de que la satisfacción del bienestar es el único valor intrínseco que interesa, abandonan la pretensión de medir directamente tal utilidad. Este análisis, puramente ordinal, otorga a los criterios de eficiencia un alto poder operativo, pues permite evaluar la deseabilidad de cualquier estado de cosas sin establecer los valores específicos de las preferencias. Suelen proponerse algunos criterios de eficiencia alternativos al Pareto. Posner (1983), por ejemplo, ha propuesto un criterio de maximización de riqueza que proveería una base normativa “no utilitarista y kantiana” (Posner, 1983, pp. 89 y 90) capaz de superar “las atrocidades [«monstrousness»] del utilitarismo” (Posner, 1983, p. 56 y ss. y p. 84). Su propues-

ta, que colapsa los teoremas de bienestar y vincula la utilidad con la disposición a pagar, no resulta, sin embargo, convincente. Sufre de circularidad (dado que en definitiva lo que define la capacidad de pago es la riqueza) y no que no logra explicar por qué las “atrocidades del utilitarismo” se reducirían al reemplazar la utilidad por la riqueza: que alguien obtenga placer haciendo daño a otro no parece inferior a que, porque tiene tal preferencia, esté dispuesto a pagar por ello. Los ejemplos que Posner (1983) proporciona no son, en este sentido, tranquilizadores: Los nazis pudieron pagar a los judíos por exiliarse, se puede pagar a una persona libre para que acepte esclavizarse. Para una exposición general de la propuesta alternativa de Posner (1983), ver capítulos 2 y 4. Para un análisis crítico de la propuesta, ver Coleman (1980); y Dworkin (1980).

Ahora bien, en la práctica los cambios sociales, las normas jurídicas y las políticas públicas raramente benefician a todos. Al contrario, casi siempre suponen ganadores y perdedores: si se reducen los aranceles se beneficia a los consumidores, pero se perjudica a los productores locales; si se construye una ciclovía, se limita el espacio para los automóviles, etc. Dado que el exigente criterio Pareto demanda que nadie salga perjudicado, prácticamente ningún cambio social sería eficiente. El punto se resuelve entendiendo que un cambio es eficiente si sus beneficios totales son superiores a los costos. Y, en efecto, cuando los economistas señalan que una situación, medida o política es eficiente, no suelen estar utilizando el riguroso criterio de Óptimo Pareto, sino el más sofisticado de Kaldor (1939) y Hicks (1939). Este criterio puede entenderse como un Óptimo Pareto potencial o con compensación presuntiva. Con compensación, porque considera que un cambio social es eficiente, aunque perjudique a algunos, si una eventual negociación entre los beneficiados y perjudicados permitiría acordar una compensación entre ambos. Es decir, el criterio considera eficientes a aquellas medidas que producen un beneficio neto, considerando la totalidad de beneficios y costos, medidos a partir de las preferencias de los partícipes. Presuntiva, porque no requiere que efectivamente se produzca tal compensación⁴. Este criterio, no exento de diversas dificultades, constituye el sustento básico de los análisis de costo/beneficio que dominan actualmente la discusión económica de deseabilidad de políticas públicas y regulaciones jurídicas. Se ha señalado que, al no existir compensación, no es posible afirmar, sin realizar comparaciones interpersonales de utilidad, que un cambio supuestamente eficiente Kaldor (1939) y Hicks (1939) supone mayor bienestar. Esto es, que, sin compensación, simplemente no hay forma de saber si el perjudicado pierde menos que el que gana.

⁴ Por ejemplo, si A tiene un bien que valora en \$100 y B lo valora en \$120, es eficiente que tal bien pase a B porque, si negociaran, B estaría dispuesto a pagar entre \$100 y \$120 a A por él. Así, por ejemplo, si B pagara \$110, ganaría \$10 (pues valora el bien en \$120) y A otros \$10 (pues valoraba el bien en \$100). Obsérvese, sin embargo, que no hay compensación y que, en consecuencia, A en definitiva pierde un bien que valoraba en \$100.

3.2. Justificación normativa

La afirmación de que la eficiencia es deseable supone un juicio moral y político que los cultores de la economía y del Análisis Económico del Derecho raramente realizan (Posner, 2015, p. 5). La razón, probablemente, es que para la mayoría de ellos el punto es simplemente evidente. No obstante ello, el fundamento moral que normalmente se ofrece para el uso de los criterios de eficiencia es el del utilitarismo. Y, en efecto, aunque, como se señaló más arriba, la eficiencia económica evita el análisis directo del bienestar subjetivo, por lo que se distingue del utilitarismo, en la práctica opera como una versión simplificada del planteamiento utilitario.

A lo anterior puede agregarse una segunda justificación, basada en el respeto de la autonomía y la libertad individuales: cuando los individuos operan en mercados competitivos, si son racionales y se interesan en satisfacer sus preferencias, normalmente adoptarán aquellas transacciones que maximicen sus preferencias. Es posible sostener, en consecuencia, que en la medida que se valore su libertad y autonomía, ello exigiría respetar sus decisiones y resultados eficientes (Coleman, 1980, p. 516).

3.3. Los teoremas de bienestar

A partir de los criterios de eficiencia, la teoría económica marginalista propone los Teoremas Fundamentales de la Economía de Bienestar. El primero afirma que bajo mercados perfectamente competitivos⁵, todo equilibrio es un Óptimo Pareto⁶. El segundo, que bajo algunas condiciones adicionales, es posible arribar a través de un equilibrio competitivo a cualquier distribución de recursos que resulte deseable, siempre que se haga una distribución inicial determinada, el segundo teorema no se identifica con un artículo particular. Blaug (2007) señala que aparece en los textos de economía en la década de los 50's del siglo pasado. En otros términos, el criterio de eficiencia clásico o Pareto no proporciona un estado social determinado, sino que una curva de posibilidades que incluye todas las distribuciones eficientes posibles. Ahora bien, dado que el segundo teorema señala que cualquier distribución de recursos se puede lograr en forma eficiente (dada una distribución inicial determinada), y aceptando que, *ceteris paribus*, la eficiencia es deseable, de ello se deriva que para calificar de deseable un determinado estado social, cualquiera que sea la distribución de recursos que suponga, en todo caso debe ser eficiente.

Sen (1989, p. 52), en general crítico de la identificación del bienestar con la eficiencia, reconoce que los teoremas de bienestar son propuestas elegantes que no

⁵ La exigencia de contar con un mercado perfectamente competitivo es elevada. Como la propia economía neoclásica ha demostrado, los mercados suelen presentar diversas "fallas del mercado" (monopolios, asimetría de información, etc.). La posibilidad práctica de contar con mercados competitivos es una cuestión ampliamente debatida que, ciertamente, excede el campo del presente trabajo.

⁶ La formulación canónica del Primer Teorema suele atribuirse a dos artículos de 1939 de John Hicks y Nicholas Kaldor.

solo proporcionan una visión profunda sobre el funcionamiento del mecanismo de precios, sino que explican la naturaleza mutuamente beneficiosa del comercio, la producción y el consumo. De hecho, suele afirmarse que el primer teorema demuestra en forma rigurosa la intuición de Smith de que el mercado, en la medida en que es competitivo, tiende a maximizar la utilidad (Sen, 1989, p. 49, en el mismo sentido, Reiss, 2013, p. 213), y que el segundo hace compatible cualquier objetivo distributivo con el libre funcionamiento de los mercados.

3.4. Identificación de preferencias con bienestar

Antes de abordar algunas de las críticas a la identificación del bienestar con las preferencias manifestadas en elecciones, conviene precisar tal identificación con mayor claridad.

Desde el punto de vista metodológico, puede afirmarse o bien que la satisfacción de las preferencias se equipara con el bienestar, o bien que solamente constituye una aproximación o indicio de él. Dado que muchas veces las personas prefieren cosas que no son buenas para ellas, parece natural suponer que la única propuesta razonable sería la segunda. Sin embargo, el análisis económico identifica metodológicamente el bienestar con las preferencias. Afirma, de hecho, que no hay en principio nada fuera de las preferencias manifestadas que sea relevante para definir la deseabilidad de un estado social. Esta, a primera vista curiosa identificación se sostiene en importantes razones prácticas y conceptuales. Desde el punto de vista práctico, solamente es posible observar lo que las personas prefieren y eligen, no lo que debieran haber escogido si fueran racionales, contaran con toda la información relevante o dispusieran de completo control sobre sus instintos (Reiss, 2013, pp. 215 y 216). Desde una perspectiva conceptual, el Análisis Económico del Derecho es escéptico frente a la racionalidad deontológica. Afirma que las decisiones finalmente dependen de valores, intuiciones y preferencias individuales, aspectos sobre los que se puede intentar persuadir, tal vez negociar, pero no, realmente, debatir. En consecuencia, indagar sobre el valor intrínseco de tales preferencias carece de sentido.

Sin perjuicio de lo anterior, y desde un punto de vista sustancial, las teorías de bienestar pueden clasificarse también en sustantivas o formales. Las primeras pretenden definir en qué consiste, en último término, el bienestar; las segundas, en cambio, solo buscan indicar la forma de alcanzarlo. Desde este punto de vista, el análisis económico puede considerarse una propuesta formal. Los economistas no creen realmente que la satisfacción de las preferencias sea en sí misma lo que produce bienestar. Si alguien disfruta jugando fútbol, lo que aumenta su bienestar es jugarlo, no satisfacer su preferencia de hacerlo. La identificación metodológica no define el bienestar. Simplemente deja en manos de las propias personas definirlo (Hausman et al., 2017, p. 127 y ss.).

3.5. Críticas y evaluación

3.5.1. Problemas de implementación

Los criterios de eficiencia son, como la propuesta utilitaria, consecuencialistas y sufren, como ella, de los llamados “problemas de implementación”. Que se les denomine de esta forma no significa que sean de fácil solución. Es posible, de hecho, que muchos de ellos no puedan resolverse completamente. Se les llama así simplemente para resaltar que no suponen un cuestionamiento a los fundamentos últimos de la propuesta. Así, por ejemplo, debe determinarse si el juicio de conveniencia se hará de acuerdo a las consecuencias esperables con la información con que se cuenta al tomar la decisión, o a las que en definitiva se produzcan; si debe considerarse el bienestar de las generaciones futuras o solo el de las actuales; si el criterio debe materializarse en forma directa, indirecta o reglada, etc. (Hausman et al., 2017, p. 110 y ss.).

Cada una de estas interrogantes puede irse resolviendo mediante soluciones parciales. Por ejemplo, se puede definir que lo relevante son las consecuencias probables de acuerdo a la información con que se cuenta al momento de la decisión –los economistas, básicamente por razones prácticas, suelen señalar que las relevantes son las actuales (pues son las que pueden medirse antes de tomar la decisión). Sin embargo, no resulta evidente que tal solución sea la adecuada para medir el bienestar (ver, Hausman et al., 2017, p. 134 y ss.)–, que el bienestar que importa es de las personas actuales, etc. Aunque ninguna de las soluciones sea completamente satisfactoria, permiten operativizar de forma más o menos sensata la búsqueda de eficiencia.

3.5.2. Algunos problemas de utilizar las preferencias como criterio moral

Aunque logren superarse –parcial, sensatamente– los problemas de implementación, parecen existir buenas razones morales para cuestionar la conveniencia de identificar lo deseable con la satisfacción de las preferencias. Hay personas que obtienen placer dañando a otros, o que fundan sus preferencias en razones moralmente inaceptables: racismo, misoginia, etc. Parecen existir, además, bienes –salud, libertad, etc.– que, con independencia de las preferencias que les den las personas, proporcionan, objetivamente, bienestar. En fin, Sen (1989, p. 62), y en el mismo sentido, Hausman et al. (2017, p. 138 y ss.) nos recuerda que las personas pueden sufrir, producto de condiciones de opresión, ignorancia o discriminación, de preferencias adaptativas o perversas, de manera que se sienten satisfechas en condiciones objetivamente degradantes o simplemente aprender a no valorar bienes tales como la libertad. El mendigo desesperado y endurecido, o la minoría sistemáticamente discriminada, pueden obtener altos niveles de utilidad por el acceso a bienes básicos.

Los cuestionamientos son, como se puede ver, sustanciales. Una primera posible respuesta, en términos generales, es una pregunta: ¿Cuáles son las alternativas? Tal vez se podría confeccionar un listado de bienes deseables para luego idear un estado de cosas que tienda a su maximización. Nussbaum (1997), por ejemplo, proporciona una lista que incluye: acceso a una vida prolongada, salud física e integridad corporal, capacidad de usar los sentidos, imaginar, pensar y sentir emociones; posibilidad de vivir junto a otras personas y especies, posibilidad de divertirse, participación política y propiedad (Reiss, 2013, pp. 222-224). Pero, desde luego, semejantes listas son esencialmente paternalistas y se confeccionan desde una particular visión moral. Un grupo de expertos de las Naciones Unidas podrá preparar una lista sensata de bienes, pero lo hará, necesariamente, desde sus particulares valores, intuiciones y preferencias. Nada asegura que otro grupo de expertos no pueda preparar otro igualmente razonable, ni que un listado particular sea el mejor posible. El análisis económico, desde su escepticismo de la racionalidad práctica deontológica, prefiere entregar a las personas la decisión sobre lo que resulta deseable, concentrando el debate en los medios y consecuencias.

Un problema adicional de los listados de bienes es que difícilmente proveen una base de evaluación social práctica, o siquiera útil. Las distintas personas tienen acceso a grados distintos de algunos bienes, siempre en desmedro de otros. Se necesita alguna forma de integrarlos y ponderarlos, pues en caso contrario no se contará con una forma de comparar sus niveles de bienestar (Reiss, 2013, p. 224). Por ejemplo, probablemente la alimentación y la salud se definan como esenciales para el bienestar, pero si un individuo tiene mayor acceso a salud y otro a alimentación, ¿cómo se compara su bienestar? Es una desafortunada realidad de la condición humana que los bienes tienden a ser escasos y a entrar en conflicto.

Por otro lado, parte de los cuestionamientos hacia la identificación entre las preferencias y el bienestar se supera si se comprende que la identificación es metodológica, no sustancial. Se trata de criterios prácticos que ven en las preferencias evidencias o indicios de bienestar. El Análisis Económico del Derecho no pretende haber encontrado una respuesta a la pregunta sobre el fundamento último de los valores. Al contrario, normalmente afirma que tales valores representan nada más que preferencias, intereses e intuiciones (Núñez Vaquero, 2017, p. 397). Los criterios de eficiencia permiten comparar en forma práctica y rigurosa grados de satisfacción de preferencias entre los miembros de la sociedad. Esto les proporciona una poderosa fuerza operativa para la definición de políticas públicas concretas, del ordenamiento jurídico e, incluso, de la forma de resolver controversias jurídicas.

3.5.3. Desigualdad

El análisis económico suele criticarse, además, por centrarse en la eficiencia, dejando de lado el problema distributivo. Al respecto, existen al menos dos respuestas. La

primera, tradicional en los estudios de filosofía política, pero de escasa relevancia práctica, es destacar que, si se acepta que los bienes generan rendimientos decrecientes, el utilitarismo, seguido en esto por los criterios de eficiencia, exigiría algún grado de redistribución e igualdad (Reiss, 2013, p. 258). La segunda, de elevada importancia práctica, se basa en el Segundo Teorema de la Economía de Bienestar. Como se ha visto, conforme a este teorema, cualquier preferencia distributiva es compatible con la búsqueda de eficiencia. En consecuencia, cualquier problema puede enfrentarse considerando como único criterio de deseabilidad su eficiencia, postergando para un momento distinto el análisis de justicia distributiva. Los textos de políticas públicas suelen ofrecer el siguiente símil: si el sistema económico se ve como una carrera y se quiere que todos lleguen a la meta al mismo tiempo, es posible –y conveniente– dar puntos de partida diferenciados y que todos corran a la máxima velocidad posible, que fijar reglas conforme a la cuales los mejores atletas deben correr más lento. Ver, por ejemplo, Rosen y Gayer (2010, pp. 45 y 46).

Desgraciadamente, y aunque el segundo teorema cuenta a su favor con una rigurosa demostración matemática, en la práctica resulta de difícil aplicación. Definir la distribución inicial de recursos que sería necesaria para obtener un determinado grado de igualdad exigiría contar con una enorme cantidad de información. Además, materializar semejante distribución requeriría contar con un sistema redistributivo extremadamente vigoroso, y dado que los impuestos suelen generar ineficiencia, ello se reconduce a una tensión práctica entre eficiencia y justicia distributiva. En fin, el análisis de eficiencia opera, en la práctica, sobre un determinado estado inicial de desigualdad, circunstancia que en sí misma define las preferencias. En efecto, bajo los criterios neoclásicos puede sostenerse que localizar industrias contaminantes en países pobres, o depositar en ellos desechos industriales aumenta la eficiencia –tales eran, de hecho, las propuestas de un memorando filtrado en 1991, firmado por el entonces economista jefe del Banco Mundial, Lawrence Summers. El documento citado en Hausman et al. (2017, p. 19 y ss.) generó en su momento una enorme controversia. Al parecer Summers se había limitado a firmarlo y su autor, que trabajaba bajo su mando, había tratado de mostrar en forma sarcástica los excesos a que se puede llegar siguiendo las recetas neoclásicas. Ver Los economistas, básicamente por razones prácticas, suelen señalar que las relevantes son las actuales (pues son las que pueden medirse antes de tomar la decisión. Sin embargo, no resulta evidente que tal solución sea la adecuada para medir el bienestar– pero eso se debe, precisamente, a que existe un estado inicial de desigualdad que hace que las preferencias por vivir en un medioambiente limpio de las personas que viven en países ricos se corresponda a una mayor “disposición a pagar” que la de los pobres, con independencia de las reales inclinaciones y necesidades de unos y otros. Al fin y al cabo, y de acuerdo a los criterios económicos neoclásicos, las preferencias se encuentran mediadas por la disposición –y capacidad– de pago.

No obstante estas graves limitaciones, el Segundo Teorema de Bienestar podría tener indudable impacto en la forma en que se diseñan políticas públicas. Al compatibilizar, al menos en principio, la eficiencia económica con cualquier distribución final de recursos que se estime deseable (Sen, 1989, p. 53), promueve el desarrollo de análisis estrictamente técnico/consecuencialista, centrados exclusivamente en la eficiencia, que luego pueden complementarse con evaluaciones distributivas. Más importante aún, el análisis costo/beneficio permite formalizar funciones de bienestar social, esto es, métodos rigurosos para medir el total de bienestar que determinadas medidas pueden generar a nivel social agregado. El punto es de tal relevancia que incluso quienes destacan las limitaciones de este criterio, suelen reconocer que, muchas veces, simplemente no existe otra alternativa (Hausman et al., 2017, p. 170). El análisis costo beneficio es certero cuando los afectados tienen un estado inicial de relativa igualdad económica (Hausman et al., 2017, p. 169) y, cuando no es así, puede –y suele– ajustarse para intentar incorporar debidamente los intereses que se pretende investigar⁷. La herramienta de análisis costo/beneficio proporciona un parámetro informativo que resulta sensato considerar.

Conclusiones

El Análisis Económico del Derecho puede aportar una metodología que, al menos en ciertos casos, sugiera respuestas concretas al trabajo que desarrollan los juristas y, particularmente, los jueces. Resalta que las normas son instrumentos para resolver problemas, no las soluciones (Núñez Vaquero, 2017, p. 391). Se basa en una teoría del derecho realista (Núñez Vaquero, 2017, p. 370), y propone reemplazar el discurso práctico deontológico, por uno en donde se pueda deliberar científicamente: el de las consecuencias probables de las acciones, decisiones y normas jurídicas. Utiliza un modelo de racionalidad práctica instrumental proveniente del conocimiento del mundo social y de los mecanismos que lo rigen, basado en diversas disciplinas externas al derecho y, particularmente, en la economía (Núñez Vaquero, 2017, pp. 375-377).

La economía puede resultar incómoda para los juristas. Como el historiador griego Tucídides, y como la ciencia en general, propone analizar la realidad a partir de cómo las cosas son. Frente a la dificultad –tal vez imposibilidad– de establecer las razones últimas de los valores y preferencias de las personas, invita a avanzar tentativamente en el descubrimiento del mundo. Para ello, invita a centrarse en la deliberación sobre las consecuencias probables de las acciones, decisiones y normas jurídicas. Utiliza un marco metodológico riguroso, y recurre a la eficiencia como guía normativa. Su propuesta busca racionalizar el debate práctico y explicar de mejor forma

⁷ Por ejemplo, en los análisis relacionados con la salud pública el análisis costo/beneficio suele reemplazarse por el análisis costo/utilidad, donde la utilidad puede medirse en años de vida u otra medida deseable de salud. En los análisis medioambientales, suele utilizarse el análisis costo/efectividad.

el mundo tal cual es. Incluso si, desafortunadamente, resulta que no es el mejor, o el más perfecto, posible.

Reconocimientos

El autor agradece a Álvaro Núñez Vaquero por sus comentarios a una versión previa de este trabajo, que fue presentado en el marco de la asignatura "Teoría de la Ciencia Jurídica", en el Doctorado en Derecho, mención Constitucionalismo y Derecho, de la Universidad Austral de Chile.

Referencias Bibliográficas

Bayón Mohíno, J. C. (1989). Causalidad, consecuencialismo y deontologismo. *Doxa*, (6), 461-500. doi: 10.14198/DOXA1989.6.24

Blaug, M. (2007). The fundamental theorems of modern welfare economics, historically contemplated. *History of political economy*, 39(2), 185-207. doi: 10.1215/00182702-2007-001

Calabresi, G. y Bobbit, P. (1978). *Tragic choices*. New York, NY: WW Norton .

Calabresi, G. (2016). *The future of law and economics: essays in reform and recollection*. New Haven, CT: Yale University Press.

Chiassoni, P. (2013). *El análisis económico del derecho: orígenes, fundamentos y métodos del law & economics en los EE. UU.* (F. Morales Luna, Trad.). Lima: Palestra.

Coleman, J. L. (1980). Efficiency, Utility, and Wealth Maximization. *Hofstra law review*, 8(3), 509-551. Recuperado de <https://bit.ly/3ekcBub>

Cooter, R. D. y Acciarri, H. A. (Dirs.). (2012). *Introducción al análisis económico del derecho*. Santiago: Civitas.

Davis, J. (2012). The homo economicus conception of the individual: an ontological approach. En U. Mäki (Ed.), *Philosophy of economics* (Vol. 13, Handbook of the philosophy of science, pp. 459-482). Amsterdam: Elsevier.

Dworkin, R. M. (1980). Is wealth a value?. *The journal of legal studies*, 9(2), 191-226. doi: 10.1086/467636

Dworkin, R. M. (2007). *La justicia con toga* (M. Iglesias Vila e Í. Ortiz de Urbina Gimeno, Trads.). Madrid: Marcial Pons.

Gneezy, U. y Rustichini, A. (2000). A fine is a price. *The journal of legal studies*, 29(1), 1-17. doi: 10.1086/468061

- Hausman, D., McPherson, M., y Santz, D. (2017). *Economic analysis, moral philosophy, and public policy* (3a ed.). New York, NY: Cambridge University Press. doi: 10.1017/9781316663011
- Heukelom, F. (2014). *Behavioral economics: a history*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hicks, J. R. (1939). The foundations of welfare economics. *The economic journal*, 49(196), 696-712. doi: 10.2307/2225023
- Kaldor, N. (1939). Welfare propositions of economics and interpersonal comparisons of utility. *The economic journal*, 49(195), 549-552. doi: 10.2307/2224835
- Kennedy, D. (1982). Distributive and paternalist motives in contract and tort law. *Maryland law review*, 41(4), 563-658. Recuperado de <https://bit.ly/2QcNfGG>
- Leiter, B. (2012). In praise of realism (and against 'nonsense' jurisprudence). *Georgetown law journal*, 100(3), 865-893. Recuperado de <https://bit.ly/3gsBhU2>
- Leiter, B. (2013). Legal realism, old and new. *Valparaiso law review*, 47(4), 67-89. Recuperado de <https://bit.ly/3vbmt0b>
- Letelier Wartenberg, R. (2016). Análisis Económico del Derecho Administrativo (Proyecto Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico Regular N° 1161037). Recuperado de <https://bit.ly/2PNsuRs>
- MacCormick, N. (2016). *Retórica y Estado de derecho: una teoría del razonamiento jurídico* (J. Á. Gascón Salvado, Trad.). Lima: Palestra.
- Mercuro, N. y Medema, S. (2006). *Economics and the law: from Posner to postmodernism and beyond* (2a ed.). Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Núñez Vaquero, Á. (2017). *Teorías normativas de la ciencia y la dogmática jurídicas*. Lima: Palestra.
- Nussbaum, M. (1997). Flawed foundations: the philosophical critique of (a particular type of) economics. *University of Chicago Law Review*, 64(4), 1197-1214. Recuperado de <https://bit.ly/3tATNx2>
- Platón. (2014). *Fedón* (Carlos García Gual, Trad.). Madrid: Gredos.
- Posner, R. A. (1983). *The economics of justice*. Cambridge: Harvard University Press.
- Posner, R. A. (2014). *Economic analysis of law* (9a ed.). New York, NY: Wolters Kluwer.
- Posner, R. A. (2015). Norms and values in the economic approach to law. En A. N. Hatzis y N. Mercuro, *Law and economics: philosophical issues and fundamental questions* (pp. 1-15). New York, NY: Routledge.

Reiss, J. (2013). *Philosophy of economics: a contemporary introduction*. New York, NY: Routledge.

Rosen, H. y Gayer, T. (2010). *Public finance* (9a ed.). New York, NY: McGraw-Hill.

Sandel, M. J. (2013). *Lo que el dinero no puede comprar: los límites morales del mercado* (J. Chamorro Mielke, Trad.). Random House Mondadori, Barcelona.

Sen, A. K. (1989). *Sobre ética y economía* (Á. Conde, Trad.). Madrid: Alianza.

Solow, R. M. (1956). A contribution to the theory of economic growth. *The quarterly journal of economics*, 70(1), 65-94. doi: 10.2307/1884513

Tengs, T. O., Adams, M. E., Pliskin, J. S., Safran, D. G., Siegel, J. E., Weinstein, M. C., y Graham, J. D. (1995). Five-hundred life-saving interventions and their cost-effectiveness. *Risk analysis*, 15(3), 369-390. doi: 10.1111/j.1539-6924.1995.tb00330.x

Thaler, R. (2015). *Misbehaving: the making of behavioral economics*. New York, NY: W.W. Norton & Company.

Tucídides. (2014). *Historia de la guerra del Peloponeso* (3a ed.) (A. Guzmán Guerra, Trad.). Madrid: Alianza.

Para citar este artículo bajo Norma APA 6a ed.

Osorio Morales, H. A. (2021). Análisis económico en el derecho: defensa de una metodología. *Revista de derecho (Coquimbo. En línea)*, 28, e3209. <https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2021-00010>



DOI

Copyright del artículo: ©2021 Hugo Osorio



Este es un artículo de acceso abierto, bajo licencia Creative Commons BY 4.0.