

## Los fundamentos del bienestar<sup>\*</sup> / <sup>\*\*</sup>

JULES COLEMAN<sup>\*\*\*</sup>

Louis Kaplow y Steven Shavell son dos talentosos y reconocidos profesores de Derecho, que durante los últimos años han estado trabajando conjuntamente en un proyecto masivo sobre *law & economics* de carácter normativo. El objetivo de su proyecto es contestar la siguiente pregunta: *¿Con qué criterios se debe valorar las políticas legales (reglas, estándares, decisiones y otros actos de autoridad) y con cuáles se debe evaluar las proposiciones de reforma de las mismas?* Para responder esta pregunta, los autores mencionados consideran dos marcos normativos distintos, a saber: uno definido por la preocupación por el impacto de las políticas en el bienestar humano y otro definido por la preocupación por diversos principios de justicia. Esta es precisamente la razón del nombre del libro de estos autores: *Justicia versus Bienestar*<sup>1</sup>. Dado que desde un principio Kaplow y Shavell dejan en claro que consideran al bienestar como el ganador indiscutido de la competencia, no hay final sorpresivo en este libro.

Versiones previas del libro han estado en circulación por algún tiempo y se encuentran disponibles en Internet<sup>2</sup>. Además, Kaplow y Shavell han hecho los ciclos de los talleres de trabajo de *law & economics* por varios años<sup>3</sup>, aprovechando la oportunidad que aquellas ocasiones permiten para promover y defender las principales propuestas del libro. Además de eso, el libro ha sido tema de numerosas conferencias y paneles de encuentros profesionales. Es improbable, por consiguiente, que la mayoría de los lectores interesados no estén familiarizados con sus propuestas y con los argumentos presentados en su apoyo.

<sup>\*</sup> Título original del artículo: "The Grounds of Welfare", publicado en *The Yale Law Journal*, Vol. 112, pp. 1511-1543, (2003), reimpreso bajo la autorización de The Yale Law Journal Company y William S. Hein Company. El artículo es una reseña al libro *Fairness versus Welfare*, de Louis Kaplow & Steven Shavell (Cambridge, USA, Harvard University Press, 2002).

<sup>\*\*</sup> Traducción realizada por Santiago Montt Oyarzún, Catalina Medel Lucas y Mariana Tupper Satt. Notas de los traductores: (1) *Welfare* se ha usado indistintamente como bienestar; y *fairness* –que se puede entender como justicia o equidad– ha sido traducido como justicia, dado que ese significado es el que más se aproxima al concepto amplio utilizado por Kaplow y Shavell en su libro (en inglés hay tres palabras para lo que en castellano tenemos solo dos –*justice*, *fairness* y *equity*– y ellas tienen asociadas connotaciones distintas a las que tienen en nuestro idioma); (2) En las notas al pie se ha mantenido el sistema de citas tipo *Blue Book*, aunque se han usado los nombres completos de las Revistas y no sus abreviaciones.

<sup>\*\*\*</sup> Jules Coleman es Profesor Wesley Newcomb Hohfeld de Jurisprudencia, Facultad de Derecho, Yale University; Profesor de Filosofía, Yale University. El autor agradece a Barry Adler, John Gardner, Mark Geistfeld, Michael E. Levine, Peter Schuck, Alan Schwartz, Scott Shapiro, Daniel Shavero, y Seana Shiffrin por sus valiosos comentarios a las versiones preliminares de este artículo.

<sup>1</sup> LOUIS KAPLOW & STEVEN SHAVELL, *FAIRNESS VERSUS WELFARE* (2002).

<sup>2</sup> Ver Louis Kaplow & Steven Shavell, *Fairness Versus Welfare*, 114 *HARVARD LAW REVIEW* 961 (2001); Louis Kaplow & Steven Shavell, *Principles of Fairness Versus Human Welfare: On the Evaluation of Legal Policy* (Nov. 2000), en [http://www.law.harvard.edu/programs/olin\\_center](http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center).

<sup>3</sup> Ver KAPLOW & SHAVELL, *supra* nota 1, en xxi-xxii (Listado de talleres de trabajo en los cuales los autores han presentado porciones del libro).

De todos modos, resulta útil distinguir entre tres grupos de potenciales lectores. Los primeros dos grupos están representados por los protagonistas del título del libro. Por un lado están los “deontólogos”, esto es, filósofos y teóricos del Derecho comprometidos con la idea de que algún tipo de consideración deontológica debe jugar un rol independiente tanto en la evaluación de la práctica legal como en su reforma. En este grupo incluyen a cada uno de los filósofos, desde Platón y Aristóteles hasta Kant, Rawls y Dworkin, y de hecho Kaplow y Shavell son lo suficientemente explícitos para incluirme en este bando. Este grupo es el blanco de sus críticas. Tal como lo plantean Kaplow y Shavell, ningún argumento que pudiesen esgrimir podría convencer a los deontólogos de los errores de su propuesta, de forma que, desafortunadamente, los deontólogos siguen la huella de una visión equivocada. Por otro lado están los compañeros de viaje de los autores en la ruta del análisis económico del Derecho. Este grupo representa a los aliados naturales de Kaplow y Shavell. Aunque el argumento del libro podría concitar su acuerdo y prepararlos para discusiones contra los deontólogos, no es necesario persuadirlos. En ese sentido, el argumento central del libro está perdido respecto del primer grupo y resulta inútil para el segundo. El tercer grupo está formado por los profesores de Derecho no comprometidos, que andan en búsqueda de un marco de trabajo analítico y normativo con el cual organizar su pensamiento y moldear su visión crítica. Este libro apunta conscientemente a capturar los corazones y mentes de este segmento de la academia legal<sup>4</sup>.

Debería entonces ser una sorpresa que entre los críticos más acérrimos del proyecto de Kaplow y Shavell se encuentren partidarios del enfoque económico del Derecho<sup>5</sup>. Mientras que la mayor parte de los deontólogos son partidarios simplemente de rechazar los argumentos de Kaplow y Shavell por su falta de sofisticación y por carecer de la complejidad suficiente, la mayoría de los académicos del *law & economics* están ansiosos por desvincularse de una tesis cuya peligrosidad para la propia causa consideran evidente. ¿Por qué? La respuesta es que el libro abiertamente aprueba con precisión varios de los argumentos imperialistas con los cuales otros han identificado el movimiento del *law & economics* en un esfuerzo que frecuentemente ha buscado desacreditarlo por ser insuficientemente universal o, en el extremo, incivilizado<sup>6</sup>. Mientras que la enorme mayoría de los académicos del análisis económico del Derecho han estado tratando de crear la ocasión para incluir la eficiencia entre los factores apropiados a la hora de hacer una evaluación de las propuestas de reformas legales, el punto clave del argumento de Kaplow y Shavell es que la única consideración que una política racional de reforma legal debe tomar en cuenta es el bienestar humano, esto es, la eficiencia correctamente interpretada.

Uno podría suponer que cualquier libro que provoca tanto miedo y aborrecimiento —que envía a sus aliados naturales a huir en busca de refugio y que genera furia entre sus adversarios— debe ser o realmente terrible o, por el contrario, de una importancia fundamental. *Justicia versus Bienestar* no es ni lo uno ni lo otro. El libro está dividido en dos partes de muy distinta extensión. En la primera parte, los autores distinguen los dos marcos normativos en competencia, el de la justicia y el del bienestar, y determinan

<sup>4</sup> Ver *id.* 79-81 y 389-94.

<sup>5</sup> Ver, *v. gr.*, Howard F. Chang, *A Liberal Theory of Social Welfare: Fairness, Utility, and the Pareto Principle*, 110 YALE LAW JOURNAL 173 (2000); Howard F. Chang, *The Possibility of a Fair Paretian*, 110 YALE LAW JOURNAL 251 (2000).

<sup>6</sup> Cfr. Joseph William Singer, *Something Important in Humanity*, 37 HARVARD CIVIL RIGHTS-CIVIL LIBERTIES LAW REVIEW 103, 124-30 (2002) (acusando a Kaplow and Shavell de una insistencia imperialista en favor de una concepción excesivamente restringida del bien humano).

luego el marco general a través del cual evaluarán a ambos dos<sup>7</sup>. En la segunda –por mucho la sección más larga del libro–, intentan justificar la estrategia de evaluación por comparación entre justicia y bienestar en una amplia gama de áreas de la ley, tanto privadas como públicas<sup>8</sup>. El argumento del libro requiere, para su éxito, el tratamiento de las dos partes del libro como un conjunto. Esto por cuanto la principal objeción que formulan a la justicia consiste en que su precio es demasiado alto en términos de su probable impacto en el bienestar, cuestión que precisamente abordan en la segunda parte al mostrar la extensión de aquellos efectos perjudiciales<sup>9</sup>. En este sentido, la segunda parte constituye la base probatoria de las tesis de la primera parte.

En todo caso, la segunda parte del libro puede sostenerse por sí misma, pues constituye una contribución significativa a las discusiones sobre el impacto que distintos regímenes de reglas, normas y políticas tienen o pueden tener sobre el bienestar humano en una gran gama de áreas del Derecho. La fuente de la consternación tanto para sus “amigos” como para sus enemigos está siempre en la primera parte del libro. En tanto que la segunda parte resulta casi invaluable para un interesado en el análisis de políticas y reformas legales, el argumento de la primera parte es completamente infructuoso. Lamentablemente todo el argumento del libro depende crucialmente de esta primera parte.

*Justicia versus Bienestar* plantea que el bienestar y no la justicia, es el estándar apropiado para evaluar el Derecho y para determinar eventuales reformas a éste. Se trata de una afirmación de naturaleza normativa y, como tal, requiere de argumentos normativos para su comprobación. Cualquier argumento adecuado para sustentar la posición de los autores consistirá entonces en un conjunto de razones o fundamentos en favor de la tesis que el bienestar, y no la justicia, es la base adecuada para evaluar la ley y su reforma. La carga de entregar una base que permita entender qué cuenta como razón o motivo para sustentar aquella posición es la tarea emprendida en la primera parte del libro: determinar el marco evaluativo. Lamentablemente, en lugar de hacerse cargo de esta obligación, *Justicia versus Bienestar* se sirve de argumentos tautológicos vacíos y de supuestas explicaciones causales subdesarrolladas, las que, por lo demás, de ser adecuadas serían más sólidas para socavar que para sustentar la tesis general del libro. *Justicia versus Bienestar* formula una afirmación normativa fuerte pero no ofrece ningún argumento poderoso en su respaldo.

En la primera parte de esta revisión, resumo el debate sobre el fundamento normativo de la eficiencia antes de la publicación del libro de Kaplow y Shavell. En la segunda parte, critico la afirmación de Kaplow y Shavell respecto a que el bienestar es el único estándar a considerar para la evaluación del Derecho y sus propuestas de reforma. En la tercera parte de esta revisión, bosquejo una consideración alternativa del valor del bienestar. Desde esta visión, cualquier aspecto o elemento que explique el valor y lo apropiado del bienestar para evaluar el Derecho es también y necesariamente lo mismo que explica por qué la justicia es valiosa y apropiada para igual fin. En resumen, la consideración de Kaplow y Shavell respecto del bienestar fracasa al intentar explicar su valor y su rol en la evaluación del Derecho. Por otra

<sup>7</sup> KAPLOW & SHAVELL, *supra* nota 1, 3-81. El libro concluye con algunos capítulos que se elaboran en base al marco de estudio presentado en la primera parte del libro. Para efectos de mi división bipartita, estos capítulos pueden ser tratados como apéndice de la primera parte.

<sup>8</sup> *Id.*, 85-378.

<sup>9</sup> *Ver id.* 58 (donde los autores señalan que en capítulos posteriores del libro documentarán el alcance y extensión en que la justicia como base de políticas y reglas disminuye el bienestar humano).

parte, cualquier posible base relativa al bienestar que sea capaz de explicar su valor debe también necesariamente explicar el valor de la justicia y su adecuación en la evaluación del Derecho y sus reformas. El planteamiento central del libro no sólo está inadecuadamente defendido, sino además, al final del día, es insostenible.

## I. ¿Por qué la eficiencia? El debate previo a *justicia versus bienestar*

El *law & economics* ha alcanzado una posición tan dominante dentro de la academia legal moderna, que casi podemos ser perdonados por olvidar lo reciente que es este campo. *El Análisis Económico del Derecho*<sup>10</sup> de Richard Posner es el trabajo mayormente responsable por introducir exitosamente el enfoque económico al Derecho dentro del paisaje académico más amplio. El rasgo distintivo de este libro está dado por las afirmaciones que hizo en favor del poder explicativo de la eficiencia económica. Frente a la conocida objeción de los *Critical Legal Studies* que sostiene que la ley carece de coherencia y contenido objetivo y racional<sup>11</sup>, los defensores del análisis económico del Derecho, liderados por Posner, argumentaron que la ley sí es un cuerpo de normas racional, coherente y determinado, características que se explican precisamente gracias al principio de la eficiencia. Según argumentaron Posner y los que lo siguieron en su línea, vastas áreas del Derecho —especialmente en el Derecho privado— podrían ser reconstituidas racionalmente como si hubiesen sido diseñadas para producir una asignación eficiente de los recursos<sup>12</sup>. La afirmación no era que el Derecho debía promover únicamente la eficiencia, sino solo que ya lo hizo.

Sin embargo, este deseo de apartarse de la eficiencia como un ideal normativo no pudo ser sostenido. El Derecho es el tipo de institución que exige una forma de autoridad legítima para sí mismo<sup>13</sup>. El Derecho es coercitivo por naturaleza. La coercitividad es, por definición, una interferencia en la autonomía humana y las prerrogativas personales. En el entendido que la autonomía humana y las prerrogativas personales son presuntamente buenas, la coercitividad es presuntamente mala, y por lo mismo, requiere de ser defendida. El Derecho exige esta justificación para sí mismo, pero tal justificación puede ser falsa, ya sea sólo algunas veces o frecuentemente. De todos modos, esta afirmación no es incoherente o necesariamente falsa. Esto quiere decir que el Derecho debe de ser de aquel tipo de cosas cuyo fundamento puede eventualmente ser verdadero. Los que afirman que el Derecho es eficiente también sostienen que este aspecto contribuye a su legitimidad. De ser así, es natural preguntarse qué principios de autoridad política o legal se expresan o contienen en la eficiencia. Posner entendió la importancia y necesidad de esta línea de cuestionamiento y de hecho asumió como su carga contestar la pregunta: ¿Qué justifica la eficiencia?

La carga del análisis económico consiste en identificar un valor político o moral más allá de la eficiencia en sí misma que sea adecuado para justificar el empleo del aparato coercitivo del Estado para

---

<sup>10</sup> RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* (1972). Este libro va actualmente en su sexta edición.

<sup>11</sup> *V.gr.*, Joseph William Singer, *The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory*, 94 *YALE LAW JOURNAL* 1 (1984).

<sup>12</sup> POSNER, *supra* nota 10, 98-100.

<sup>13</sup> Este argumento es comúnmente asociado con Raz. Ver JOSEPH RAZ, *THE AUTHORITY OF LAW* 29-30 (1979).

alcanzarla. ¿Cómo podría identificarse la mejor interpretación de la práctica legal como eficiente, si no hubiera nada que decir desde un punto de vista moral en favor de la eficiencia? En tal caso, la eficiencia del Derecho podría dañar, más que sustentar su requerimiento de legitimidad. Tampoco sería suficiente el asociar algún otro valor moral con la eficiencia. Después de todo, no resulta apropiado que todo lo que tenga valor deba ser perseguido a través del Derecho. El problema no es simplemente identificar uno u otro valor moral alcanzado por la eficiencia, sino que encontrar aquel que justificaría la promoción de la eficiencia a través del aparato coactivo que constituye el Derecho.

Al proponerse dar solución a este desafío, se podría haber esperado que Posner hubiese sacado provecho de la estrategia de identificar el análisis económico con las formas clásicas del utilitarismo. Al promover la eficiencia, el Derecho promueve la utilidad. En la medida en que es apropiado que el Derecho promueva la utilidad, es igualmente apropiado que el Derecho busque alcanzar una asignación eficiente de los recursos. Desde Bentham al menos, la idea de que el Derecho persigue la utilidad tiene un *pedigree* distinguido. La alianza entre eficiencia y utilidad habría parecido natural en parte porque tanto el Derecho como la Economía confían en el criterio de eficiencia de Pareto. Los criterios Pareto son entendidos en términos de los roles que han jugado al resolver algunos problemas dentro de la moral utilitarista y de la teoría política.

Es posible distinguir entre los criterios de Pareto-óptimo y de Pareto-superior. Empezaremos por definir Pareto-superior y luego definiremos Pareto-óptimo en términos del primero. Un estado de cosas *S* es Pareto-superior a otro *A* si y sólo si nadie prefiere *A* a *S* y si al menos una persona prefiere *S* a *A*. La noción de optimización de Pareto entonces está definida respecto de la superioridad de Pareto. Un estado de cosas *S* es un óptimo de Pareto en caso de que no exista ningún estado de cosas *S<sub>n</sub>* que sea superior a dicho estado.

Las ordenaciones [*rankings*] de Pareto fueron presentadas en la literatura utilitarista hacia comienzos del siglo pasado para solucionar el problema de las comparaciones interpersonales. Dichas clasificaciones precisamente permiten comparar estados sociales sin hacer comparaciones interpersonales de utilidad. Si *S* es superior a *A* en el sentido de Pareto, es porque al menos el bienestar o utilidad de una persona mejora, sin que se reduzca el de ninguna otra. Un movimiento de *A* a *S* aumenta la utilidad total. No hay necesidad de hacer ninguna clase de comparaciones de utilidad interpersonal, como sí la habría en el caso que un movimiento de *A* a *S* creara tanto ganadores como perdedores. Así, los científicos sociales en general (Pareto mismo era un sociólogo, no un economista) tomaron los órdenes [*rankings*] de Pareto como una manera de formular afirmaciones relativas a la utilidad total que fueran verificables y por ende que tuvieran sentido en términos rigurosos<sup>14</sup>. Dado el rol que ha jugado tanto en el análisis económico como en las teorías morales utilitaristas, es natural pensar que el fundamento para el enfoque económico del Derecho sea precisamente el utilitarismo mediado por el Paretanismo. El valor político o moral capturado por la eficiencia es la utilidad y con ello el análisis económico es parte de la magnífica tradición utilitarista, que se remonta a Sidgwick y Bentham e incluso más atrás.

<sup>14</sup> Es importante recalcar que el llamado problema de las comparaciones interpersonales se presenta durante el apogeo del positivismo lógico y que este problema podría perfectamente no ser más que el producto de una errada tesis semántica y metafísica y no un problema real del todo. De hecho, esa es mi postura.

Por natural que podría parecer esta vinculación, Posner no podría ser comprendido en ella, por la simple razón que él mismo se declara convencido por las objeciones clásicas al utilitarismo<sup>15</sup>. Maximizar la utilidad a menudo puede conducir a la injusticia, a sacrificar el bien de uno por el bien de la mayoría. El utilitarismo es una teoría moral defectuosa y un estándar inadecuado para justificar la coacción estatal, o al menos así lo pensó Posner. Si la eficiencia es –como él pensó que era– un estándar apropiado para justificar la acción estatal, entonces habría que mirar en otra dirección para explicar su atractivo normativo. Para encontrar un fundamento moral satisfactorio para la eficiencia, Posner giró su atención hacia una concepción particular de la teoría moral kantiana, esto es, una que enfatizara la importancia de la autonomía individual expresada en la capacidad de consentir.

El argumento que propuso fue el siguiente<sup>16</sup>: Los estados de cosas que son superiores en el sentido de Pareto no perjudican a nadie y hacen que al menos una persona esté mejor. Por eso nadie podría oponerse a ellos. En otras palabras, todos estarían de acuerdo o consentirían en un cambio semejante. Los estados de cosas que son Pareto-óptimos no tienen ningún estado superior a ellos. Cualquier movimiento desde un estado Pareto-óptimo empeorará al menos a una persona y por ende no todos consentirían en dicho cambio. Las personas consentirán siempre en cambios que sean Pareto-superior, pero nunca en cambios que impliquen salir de estados Pareto-óptimo. Por ello, las clasificaciones de Pareto reflejan un compromiso con el consentimiento y la autonomía, y no con la utilidad. Tenemos entonces que distinguir la historia de los órdenes [*rankings*] de Pareto de los principios morales de los cuales ellos son expresión. La historia es utilitarista; la justificación es kantiana. O al menos así lo sostuvo Posner.

A pesar de las bienvenidas que recibió, el argumento de Posner generó un grupo de respuestas críticas, incluyendo la mía. En primer lugar, muy pocos análisis sobre la eficiencia del Derecho invocan los criterios de Pareto. La mayor parte de los análisis respecto de la eficiencia descansan más bien en el criterio de Kaldor-Hicks<sup>17</sup>: un estado de cosas *S* es eficiente respecto de otro *A* en el sentido de Kaldor-Hicks, si y sólo si los ganadores en el estado *S* pudieran compensar a los perdedores de modo tal que, luego de la compensación, nadie preferiría *A* a *S* y al menos una persona prefiriera *S* a *A*. Es por esta razón, que algunos seguidores del *law & economics*, como Guido Calabresi, se han referido al criterio de Kaldor-Hicks como el principio “Pareto Potencial”<sup>18</sup>. Los estados de cosas son eficientes respecto de otros en el sentido de Kaldor-Hicks si y sólo si pudieran ser Pareto-superiores en caso de exigirse que las compensaciones fueran efectivamente pagadas. Desde luego, la compensación no es efectivamente pagada, por lo que, de hecho, tales estados no son Pareto-superiores. Pero el hecho que sean potencialmente Pareto-superiores tiene tan poca relación respecto a cómo debieran ser tratados normativamente como lo tiene el hecho de que yo pudiera ser potencialmente Presidente de los Estados Unidos respecto a cómo debiera ser tratado en la actualidad. El hecho es que, a diferencia del criterio de Pareto, el criterio de Kaldor-Hicks sí

---

<sup>15</sup> Ver Richard A. Posner, *Utilitarianism, Economics, and Legal Theory*, 8 JOURNAL OF LEGAL STUDIES 103, 111-19 (1979).

<sup>16</sup> Ver Richard A. Posner, *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*, 8 HOFSTRA LAW REVIEW 487, 488-97 (1980).

<sup>17</sup> Ver Jules L. Coleman, *Efficiency, Exchange, and Auction: Philosophic Aspects of the Economic Approach to Law*, 68 CALIFORNIA LAW REVIEW 221, 237-47 (1980); Jules L. Coleman, *Efficiency, Utility, and Wealth Maximization*, 8 HOFSTRA LAW REVIEW 509, 525 (1980) [de aquí en adelante, Coleman, *Efficiency, Utility, and Wealth Maximization*].

<sup>18</sup> GUIDO CALABRESI & PHILIP BOBBITT, *TRAGIC CHOICES* 85-86 (1978).

permite la existencia de ganadores y perdedores. Y si las preocupaciones acerca de las comparaciones interpersonales son legítimas, el criterio de Kaldor-Hicks no las soluciona sino que las reintroduce.

Estas preocupaciones se exacerban por el hecho de que el criterio Kaldor-Hicks sufre del problema de la paradoja Scitovsky. Scitovsky mostró que dos estados de cosas pueden ser eficientes en el sentido Kaldor-Hicks el uno respecto del otro<sup>19</sup>. Esto significa que el criterio de Kaldor-Hicks no es siquiera una relación de orden transitivo de tipo *débil*. Dado que el criterio Kaldor-Hicks no cumple con el requisito de la transitividad, no resulta posible inferir del hecho que S sea eficiente respecto a A en el sentido de Kaldor-Hicks que efectivamente S tenga más utilidad que A. Y si el criterio de Kaldor-Hicks no puede ser defendido sobre bases utilitaristas, ciertamente tampoco puede serlo sobre bases kantianas. En vista que sí hay perdedores en los estados de cosas eficientes en el sentido Kaldor-Hicks, no es posible inferir que ellos habrían consentido en ser perdedores<sup>20</sup>. Mi primer conjunto de objeciones al argumento de Posner tiene entonces tres elementos. Primero, el análisis de la eficiencia en el Derecho invoca a Kaldor-Hicks y no a Pareto. Segundo, el hecho que Kaldor-Hicks sea intransitivo implica que no puede dar cuenta de cambios en la utilidad y que no puede ser defendido en términos utilitaristas. Tercero, si asumimos que los perdedores no consienten en sus pérdidas, Kaldor-Hicks tampoco puede ser defendido conforme a la concepción kantiana que postula Posner.

Sería una equivocación pensar que dichos errores se limitan exclusivamente al criterio Kaldor-Hicks. Esto porque incluso en el caso que el análisis económico estuviese restringido al uso de los criterios de Pareto, no hay argumentos kantianos, de autonomía o de consentimiento que aparezcan en el horizonte. Considérese primero el criterio de Pareto-óptimo. Un óptimo de Pareto es un estado de cosas que no tiene un estado superior a él. Cualquier movimiento desde un Pareto-óptimo produciría perdedores. Entonces sería razonable asumir que un movimiento desde un óptimo de Pareto no sería unánimemente acordado. Pero, al contrario, esto no significa que un movimiento hacia un estado de cosas que sea Pareto-óptimo desde un estado anterior sea necesariamente consentido, ni tampoco significa que todos consentirían en el estado de cosas Pareto-óptimo en el que terminen luego del movimiento. Un estado de

<sup>19</sup> Ver T. de Scitovsky, *A Note on Welfare Propositions in Economics*, 9 REVIEW OF ECONOMIC STUDIES 77 (1941); ver también Coleman, *Efficiency, Utility, and Wealth Maximization*, *supra* nota 17, 519 n.14 (Postulando una breve demostración de la paradoja).

<sup>20</sup> Coleman, *Efficiency, Utility, and Wealth Maximization*, *supra* nota 17, 533-39. Por otro lado, si preguntáramos a las personas si elegirían que las políticas públicas se adoptaran acorde con el criterio Kaldor-Hicks, entonces la respuesta podría llegar a ser "Sí" sólo bajo condiciones muy bien definidas. Ahora bien, tales condiciones son las mismas que, según demostró Harsanyi, llevarían a los individuos a adoptar un utilitarismo promedio con comparaciones interpersonales de utilidad. Ver John C. Harsanyi, *Cardinal Utility in Welfare Economics and the Theory of Risk-Bearing*, 61 JOURNAL OF POLITICAL ECONOMY 309 (1953). En ese caso, el análisis de eficiencia es (tal vez) sólo un modo matemáticamente más sofisticado de representar un compromiso con un utilitarismo promedio. Pero la defensa del utilitarismo o de la eficiencia (entendida en la forma Kaldor-Hicks) no está basada en términos de ningún parámetro moral particular. Más bien, se trata de una simple consecuencia lógica de la noción de racionalidad definida de un modo particular. La utilidad promedio surge de nuestra noción de elección racional y neutralidad al riesgo. Personas racionales y neutrales al riesgo preferirían o elegirían (lo que en esta teoría implica lo mismo, desde que preferir es estar dispuesto a elegir bajo circunstancias apropiadas) un principio de utilidad promedio como un modo de distribuir las riquezas entre ellos mismos. Esto es lo que Harsanyi prueba, y tal como David Gauthier recalco una vez, uno no argumenta en contra de teoremas. Por el contrario, lo que se puede hacer es mostrar que esto no constituye una buena defensa del atractivo moral del utilitarismo, sino una consecuencia de una particular concepción de la racionalidad (conjuntamente con la formulación de un problema de elección particular). Uno debería entonces mostrar qué valor moral, si lo hay, está comprendido en esta particular concepción de la racionalidad, y partir de ahí en adelante.

cosas Pareto-óptimo puede ser, él mismo, el resultado de un cambio incomparable en el sentido de Pareto, esto es, uno que produce tanto ganadores como perdedores. Si presumimos que los perdedores generados por un Pareto-óptimo no consentirían en el cambio, entonces el cambio hacia un Pareto-óptimo no habría sido consentido.

Un ejemplo puede servir para ilustrar este punto. Al tiempo  $t$ , todos tienen nueve unidades de  $X$ , excepto Juan, que tiene una unidad de  $X$ . Al tiempo  $t+1$ , Juan tiene cien unidades de  $X$  y todo el resto tiene sólo una unidad. Cualquier movimiento desde  $t+1$  haría que Juan empeorara su situación y, por ello, la posición  $t+1$  es un Pareto-óptimo. Como puede apreciarse, el movimiento hacia la situación  $t+1$  no habría sido consentida por nadie más que por Juan. Esto no significa que  $t+1$  no sea un Pareto-óptimo, pues de hecho sí lo es. Es sólo que la característica Pareto-óptimo del mundo en el estado  $t+1$  no nos dice nada respecto de lo que sería o no consentido.

Si consideramos enseguida el caso del criterio Pareto-superior, es posible dar con el verdadero problema de la defensa que Posner intentaba hacer de la eficiencia. El planteamiento de Posner es que dado que nadie termina en peor posición por causa de un movimiento Pareto-superior y dado que al menos una persona termina mejor, se concluye que nadie se opondría a —o más *fuertemente*, que todos consentirían en— un movimiento de Pareto. Pero esto o bien es falso o bien es una consecuencia lógica de la definición de la noción de preferencia. En ninguno de estos dos casos podría el hecho que las partes prefieran esto o aquello ser *razón* o *fundamento* para su consentimiento. El argumento, después de todo, es simplemente el siguiente: La gente prefiere  $S$  a  $A$ , por lo tanto, la gente consentiría en  $S$  (por sobre  $A$ ). Se supone que la primera frase representa la idea de Pareto-superior; la segunda, la de consentimiento. La segunda es entonces el fundamento de la primera. Pero, de hecho, las personas a veces eligen hacer lo que no prefieren y eligen no hacer lo que de otra manera sí prefieren. Luego, no es posible inferir *elección de preferencia*. Podríamos por supuesto inferir elección (o consentimiento) de preferencia, pero sólo si construimos la noción de elección en la definición misma de lo que es tener una preferencia. A menudo es lo que tenemos que hacer. Decir que  $S$  prefiere  $A$  es sólo decir que  $S$  tiene una disposición a elegir  $A$  cuando la opción está disponible. Pero cuando hacemos eso, no podemos usar la noción de elección como una base moral independiente para justificar los rankings de Pareto. Muy por el contrario, lo que de hecho estamos haciendo es simplemente definir los rankings Pareto en términos de elecciones hipotéticas. En otras palabras, el argumento del consentimiento para la superioridad de Pareto falla o es mejor entendido como una simple definición de la racionalidad del interés propio.

En resumen: (1) El estándar básico para determinar la eficiencia en el *law & economics* es el criterio de Kaldor-Hicks y no el de Pareto. El criterio de Kaldor-Hicks es intransitivo. Dos estados de cosas pueden ser eficientes el uno respecto del otro bajo el criterio de Kaldor-Hicks. La utilidad cumple con la transitividad, pero la eficiencia de Kaldor-Hicks no. Esto sugiere que el criterio Kaldor-Hicks no incorpora ni expresa el ideal utilitarista. (2) Los estados de cosas que satisfacen el estándar de Kaldor-Hicks producen tanto ganadores como perdedores. No se puede esperar que los perdedores consientan en sus pérdidas, o al menos no podemos inferir que lo harían. Entonces, no hay defensa kantiana o de consentimiento para la eficiencia en el sentido de Kaldor-Hicks. (3) Tampoco hay una defensa del criterio Pareto-óptimo que esté basada en el consentimiento. Asumiendo que los perdedores no consentirán en sus pérdidas, todo lo que podemos decir es que una vez que el punto óptimo de Pareto ha sido alcanzado, los individuos no consentirán unánimemente en alejarse de él. (4) Tampoco podemos inferir que los estados Pareto-superior sean consentidos. Se puede inferir que los estados Pareto-superior son preferidos



a aquellos estados inferiores a él en el sentido de Pareto. Pero el hecho que sean preferidos no implica que sean consentidos, a menos que preferencia sea definida en términos de consentimiento. En este caso, el argumento de consentimiento de los estados Pareto-superior expresa una definición y por lo mismo el consentimiento no puede fundamentar o justificar un cambio Pareto-superior, por ser meramente constitutivo de él. O al menos así lo he argumentado.

## II. Justicia versus bienestar: Evaluando los argumentos de Kaplow y Shavell

Lo anterior es el telón de fondo sobre el cual situamos aquí la discusión del libro de Kaplow y Shavell, libro que explícitamente se limita a tratar éstas y algunas otras cuestiones relativas a *law & economics* normativo. Este no es un libro que alaba las virtudes *explicativas* de la eficiencia o la importancia de modelar los problemas legales en torno a la distribución eficiente de los recursos<sup>21</sup>. Por el contrario, es un libro cuyo argumento central es que sólo las consideraciones basadas en el bienestar deben ser los fundamentos para valorar el Derecho y para evaluar las propuestas de reforma legal<sup>22</sup>. Este es un argumento que presupone el valor de la eficiencia, que nos invita a reconsiderar exactamente las mismas preguntas que Posner y sus críticos formularon hace veinte años. Al final del día, el argumento del libro es interesante sólo si tanto la justicia como el bienestar son —al menos *prima facie*— candidatos plausibles para la evaluación de la práctica legal. Si la justicia no fuera al menos un candidato plausible para la evaluación de la práctica legal, el argumento de que el bienestar es más apropiado que la justicia para la valoración del Derecho carecería de todo interés e importancia. Si el bienestar fuera un candidato poco plausible para evaluar la práctica legal, el argumento de que es más apropiado que la justicia en la evaluación de la ley no sería más que una mala broma.

Esto significa que varias cargas argumentativas recaen sobre Kaplow y Shavell. En primer lugar, porque si el propósito del libro es comparar la justicia y el bienestar mirando su valor como estándares de evaluación del Derecho, entonces ellos nos deben una base relativa a las nociones del bienestar y la justicia<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Ver KAPLOW & SHAVELL, *supra* nota 1, 4 n. 3.

<sup>22</sup> Ver *id.* 3 (“Nuestro argumento central es que el enfoque normativo basado en el bienestar debiera ser el único que se use al evaluar las reglas legales”); ver también 5 (“El diseño del sistema legal debería depender solamente de consideraciones de bienestar humano”).

<sup>23</sup> En un libro de esta extensión, es muy probable que el lector encuentre mucho con lo cual estar en desacuerdo. Personalmente, tengo muchas discrepancias con los autores, pero he querido limitar mi discusión a esto, el argumento central del libro. De todos modos, no puedo resistirme a hacer notar que los autores usualmente se muestran incapaces de desarrollar los temas que ellos han decidido tratar sobre la base filosófica que ellos han elegido. Un lugar donde la falta de comprensión filosófica es especialmente notoria, es precisamente en el núcleo del libro; de otra manera, me habría inclinado simplemente por dejar pasar esta cuestión.

Una de las críticas más constantes que formulan a los deontologistas es que nosotros no somos capaces de ponernos de acuerdo en una visión compartida de las diversas nociones de justicia que están en juego. Ver, *e.g.*, 45-47, 86-99. Por ejemplo, que no estamos de acuerdo respecto a qué es la justicia correctiva ni tampoco acerca de la naturaleza del retribucionismo ni de la justicia distributiva. Pero esta crítica es doblemente equivocada. Lo importante es que los filósofos del derecho no estamos en el negocio de definir “justicia” o términos próximos como “justicia correctiva” y “retribucionismo”. Nosotros no proveemos una base semántica o meta-semántica, sino una base reórica de la naturaleza de aquello a lo que

(Continúa en pág. siguiente)

Necesitamos saber qué es lo que estamos comparando. Sería mucho pedir que Kaplow y Shavell defendieran una u otra concepción de la justicia y del bienestar como únicas alternativas correctas o como mejores que un conjunto de otras alternativas posibles. Pero si bien Kaplow y Shavell no necesitan defender fundamentos únicos correctos de la justicia y del bienestar, sí necesitan presentar las bases de cada uno de estos dos conceptos de forma que respondan a una serie de condiciones de adecuación. Una condición crucial de adecuación es el requerimiento de que cualquier base ofrecida *debe* contar con los recursos suficientes como para explicar por qué el bienestar y la justicia son valiosos. En realidad es más que eso. Las bases presentadas deben contar con recursos adecuados para explicar por qué ambos conceptos son aptos para evaluar el Derecho. Después de todo, no cualquier valor puede ser perseguido adecuadamente por el aparato coactivo del Derecho. Una base del bienestar que deje poco claro por qué un creador de políticas públicas [*policymaker*] deba pensar que las políticas legales deben ser evaluadas de acuerdo a su impacto en el bienestar, fallaría como base del bienestar. Del mismo modo, una base sobre la naturaleza de la justicia que deje poco claro por qué un creador de políticas racional puede argumentar que la ley debe conformarse a los requerimientos de la justicia, fallaría como una noción acerca de la justicia. Incluso si ésta es una condición de adecuación demasiado *fuerte* para imponer a una base de la justicia o el bienestar a fin de que sea capaz de explicar la aptitud de cada una de ellas para *evaluar el Derecho*, la condición es mínimamente necesaria para hacer que el libro de Kaplow y Shavell sea interesante. Después de todo, su objetivo explícito es mostrar que el bienestar es un criterio más adecuado que la justicia para evaluar las políticas legales, y ese proyecto es interesante sólo en la medida que la justicia y el bienestar son ambos criterios plausibles para evaluar en primer lugar la política legal.

Más allá de eso, Kaplow y Shavell deben entregar un estándar para decidir entre alguno de estos dos conceptos. Necesiten defender que ese estándar es el apropiado y luego necesitan argumentar que al aplicar tal estándar a los hechos relevantes se puede concluir que el bienestar es el único criterio apto para evaluar las políticas legales. Centrándose en el estándar mismo por un momento, es importante notar que podría tomarse un ámbito más amplio o más delimitado. Alguien podría defender el bienestar (o la justicia) como la única herramienta apropiada para evaluar la práctica legal vía mostrar, primero, que el bienestar (o la justicia) es el estándar correcto para evaluar *todos* los actos humanos. O podría argumentarse que el bienestar (o la justicia) es el único estándar apropiado para evaluar el Derecho, mientras que, al mismo tiempo, se dejan de lado las preocupaciones acerca de qué normas son las apropiadas para evaluar los actos humanos o políticos en términos más amplios que el Derecho.

La mayoría de los deontólogos, aunque no necesariamente todos, adoptan la posición que los estándares apropiados para evaluar los actos políticos o legales no necesitan también ser aplicados de manera más general a todos los actos humanos. Esto significa que, por ejemplo, la aptitud de la justicia correctiva o distributiva para evaluar la responsabilidad extracontractual y el Derecho penal, respectivamente, no se

---

estos términos se refieren. Estamos en desacuerdo entre nosotros acerca de qué es la justicia, la justicia correctiva y la justicia distributiva, y, de hecho, qué es el bienestar. Al afirmar que la justicia es lo apropiado para valorar el Derecho, no debe entenderse que nosotros formulamos la afirmación que el contenido de la "justicia" es lo apropiado para valorar el Derecho. Nuestros desacuerdos son teóricos, no semánticos ni meta-semánticos (a pesar que, como filósofos del lenguaje, es posible que tengamos también tal tipo de desacuerdos –y de hecho los tenemos–). Una vez que nos damos cuenta que nuestros desacuerdos son teóricos y no semánticos, es difícil sorprenderse con el hecho que tengamos desacuerdos. Después de todo, el contenido de los principios políticos –y de las demandas que ellos imponen– no es sino de naturaleza controversial.

considera que dependa en general de que las prácticas compensatorias y castigadoras dentro de la familia deban ser similarmente reguladas por tales principios de justicia correctiva y distributiva. Por el contrario, los utilitaristas están inclinados a creer que el principio de utilidad es el apropiado para la evaluación de los actos legales o políticos precisamente por cuanto toda acción humana debe ser evaluada por su impacto en la utilidad. Para ellos el principio juega un fin diferente en distintos contextos pero sigue siendo el estándar último para la evaluación de todos los actos.

Como consecuencia de esta diferencia en el ámbito de aplicación, el estándar para evaluar lo apropiado del bienestar y de la justicia como marco normativo de valoración del Derecho debe ser específico al Derecho. Un partidario del bienestar o un utilitarista es libre de creer y sostener que el bienestar o la utilidad son convenientes para evaluar la conducta humana de manera amplia, pero tales partidarios no pueden considerar tal argumento como base para atacar a sus rivales deontólogos, quienes precisamente creen que la justicia retributiva o correctiva no son patrones tan amplios<sup>24</sup>. Para poder hacer esto, los partidarios del bienestar o utilitaristas deben estar preparados para ofrecer argumentos adicionales en el sentido que una norma es apropiada para evaluar la práctica legal sólo si es apropiada para evaluar la conducta humana de manera más general; en otras palabras, deben estar preparados para argumentar que lo político es derivable de lo ético. Kaplow y Shavell no ofrecen dicho argumento, así como tampoco tengo razones para pensar que se inclinarían por hacer esto. Entonces, deben competir con los deontólogos en el campo más estricto en el que la afirmación que el bienestar es superior a la justicia como un criterio para evaluar la práctica legal no toma en consideración los méritos relativos de ambos criterios –bienestar y justicia– en la evaluación de la conducta humana en términos más generales.

Resumiendo este punto: Para dar fundamento a la afirmación que sostiene el libro, Kaplow y Shavell deben proveer primero las bases relativas al bienestar y la justicia que expliquen por qué ambos conceptos son aptos para evaluar la política legal. Luego, necesitan de ambos para identificar un estándar que les permita elegir entre uno y otro, y defender así lo apropiado que pueda ser tal estándar elegido. Finalmente, deben argumentar –sobre la base de ciertos hechos relevantes vinculados al Derecho, la justicia y el bienestar, en conjunto con el estándar evaluativo escogido– que el bienestar es el único valor apropiado para la evaluación del Derecho. Este es el tipo de argumento que requiere la afirmación central adoptada por este libro. Y por lo mismo, la característica más impresionante del libro es que no tiene ningún argumento de este tipo. No se ofrece en él ninguna base sustantiva explícita relativa al bienestar o la justicia, ni ningún argumento que explique por qué uno u otro es válido o apto para evaluar el Derecho. Tampoco se articula un estándar que permita elegir entre los dos candidatos propuestos –y por cierto aún menos una defensa de tal estándar como el correcto– por lo que no hay ningún tipo de argumentación relativa a ese estándar que resulte central a la conclusión del libro. Entonces, ¿qué es lo que hay?

<sup>24</sup> Vale la pena notar –como lo ha hecho Rawls– que los utilitaristas clásicos se ocupaban primariamente de preguntas relativas al diseño institucional y no de la conducta humana en general ni tampoco de detalles específicos de la práctica legal. Ver JOHN RAWLS, *A THEORY OF JUSTICE* 22 (1971). Preocuparse por explicar el rol que juega el principio de utilidad en cada minucioso detalle de la práctica legal es más bien un fenómeno moderno y no es particularmente atractivo.

En su lugar, aparece lo siguiente –a lo que me referiré como “el argumento central”–:

- (1) El bienestar de una persona es una función de lo que ésta valora<sup>25</sup>.
- (2) Decir que una persona valora algo es decir que ese algo puede ser considerado como una variable de su función de su utilidad, o que es el objeto lógico de una de sus preferencias<sup>26</sup>.
- (3) La justicia es pensada como valiosa<sup>27</sup>.
- (4) Decir que la justicia es valiosa es algo ambiguo, pues puede significar que (a) la justicia es algo que las personas (algunas o todas) prefieren; o puede significar que (b) la justicia es valiosa a pesar de las personas la prefieran o no<sup>28</sup>.
- (5) Si la justicia es valiosa en la medida que sea el objeto de una preferencia, entonces la justicia es un constituyente del bienestar de las personas<sup>29</sup>.
- (6) Si la justicia es parte constituyente del bienestar, entonces, buscar la justicia mejora el bienestar o, en todo caso, es compatible con el bienestar a todo evento<sup>30</sup>.
- (7) No obstante, si el valor de la justicia es independiente de su valoración o preferencia por parte de alguna(s) persona(s), luego, buscar la justicia es incompatible con la maximización del bienestar<sup>31</sup>.
- (8) Por lo tanto, si la búsqueda de la equidad es compatible o no con el bienestar depende de si es o no un valor independiente. La justicia como valor independiente es incompatible con el bienestar porque disminuye el bienestar<sup>32</sup>.
- (9) Por lo tanto, entendido como un valor independiente –esto es, algo cuyo valor es independiente de ser el objeto de preferencia o de deseo de alguien– la justicia es inapropiada como estándar de evaluación<sup>33</sup>.
- (10) Debido a que la justicia así concebida es un estándar inapropiado para evaluar una conducta de cualquier tipo, es inapropiada para evaluar el Derecho.

Esto tiene la forma de un argumento, pero bien podría ser una mera tautología. En la medida en que la justicia es valiosa como objeto de deseo, buscarla es compatible con el bienestar. En la medida en que es valiosa sin importar la preferencia que alguien pudiera tener por ella, buscarla es contrario a la satisfacción de las preferencias, y en la medida en que la satisfacción de preferencias es constitutiva de bienestar, es entonces incompatible con el bienestar. Esto no es más que una tautología, y extraordinariamente,

---

<sup>25</sup> KAPLOW & SHAVELL, *supra* nota 1, 18. El lector debiera notar que lo que refiero aquí como el “argumento central” sintetiza los argumentos que los autores formulan en diversos lugares de la primera parte del libro. Kaplow y Shavell no presentan sus proposiciones de una forma tan sistemática.

<sup>26</sup> *Ver id.* 18 n. 6.

<sup>27</sup> *Ver, v.gr.* 10 (reconociendo que “las nociones de equidad son. . . ampliamente usadas y respetadas”).

<sup>28</sup> *Ver, id.* 11-12, 21-23.

<sup>29</sup> *Ver, id.* 21 (Haciendo notar que los individuos pueden tener un gusto por la justicia, tal como pueden tenerlo por el buen vino).

<sup>30</sup> *Ver, id.* (“[Cuando un individuo tiene un gusto por la justicia], la satisfacción del principio de la justicia implica aumentar el bienestar del individuo. . .”).

<sup>31</sup> *Ver id.* 52, 58.

<sup>32</sup> *Ver id.*

<sup>33</sup> *Ver id.* 56.

Kaplow y Shavell lo admiten como tal<sup>34</sup>. Pero no es tampoco una tautología informativa. En otras palabras, no se trata de una verdad cuya existencia o significado sea revelada sólo una vez que hemos visto las conexiones sacadas a la luz por el argumento. Simplemente es una consecuencia inmediata de la visión del bienestar como constituido por objetos de nuestra preferencia y de la justicia constituida por lo restante, esto es, como una entidad lógicamente independiente de nuestras preferencias; de esta forma, si buscamos la justicia lo hacemos a costa del bienestar. Ningún argumento muy elaborado se necesita para sostener estas afirmaciones o para que sus aspectos escondidos nos sean revelados.

Dado que el argumento de Kaplow y Shavell no hace más que dar cuenta de la relación analítica entre las concepciones de justicia y bienestar, cualquier afirmación que se haga sobre cómo la justicia disminuye el bienestar puede ser reformulada como una afirmación relativa a cómo el bienestar disminuye la justicia<sup>35</sup>. Luego, cualquier conclusión acerca de la relativa aptitud del bienestar como criterio contrario a la justicia para evaluar el Derecho, puede ser reformulada como una conclusión acerca de cómo la justicia es más apropiada que el bienestar. De hecho, ninguna de las dos conclusiones podría ser garantizada por dicha argumentación. El argumento simplemente elabora una tautología, y ninguna conclusión normativa puede extraerse de una tautología. A partir de este argumento podría concluirse que el bienestar es preferible a la justicia como estándar para evaluar el Derecho, sólo si pudiera también concluirse que la justicia es preferible al bienestar; esa es la naturaleza de la tautología. Cualquier conclusión es simplemente un non sequitur; a fortiori, así también ocurre con la conclusión que esbozan Kaplow y Shavell. Y así también con el argumento central del libro.

Desafortunadamente, ese es el único argumento relativamente explícito que ofrecen Kaplow y Shavell. En todo caso, existe una variedad adicional de consideraciones que parecen jugar un rol significativo en la evaluación general del caso del bienestar contra la justicia, y si las identificamos y tomamos en cuenta, podríamos ser capaces de construir otro argumento en defensa del argumento central del libro. Kaplow y Shavell creen firmemente que los filósofos morales, políticos y del Derecho que siguen consideraciones deónticas, subestiman groseramente e incluso fallan totalmente al apreciar cuán profundamente puede disminuir el bienestar la prosecución de la justicia<sup>36</sup>. De modo que, incluso si la afirmación que la justicia disminuye el bienestar es meramente analítica, es importante notar todavía en qué medida lo hace, o más precisamente, cuánto podría llegar a hacerlo en principio. Para los autores, si hubiera razones para creer que perseguir la justicia hace que todas las personas terminen en una peor condición, entonces nadie podría sostener tal cosa. Es más, éste es precisamente el tipo de desastre que la búsqueda de la justicia puede ocasionar, o al menos esto es lo que sostienen los autores<sup>37</sup>.

Kaplow y Shavell plantean dos consecuencias que se derivan a raíz de los profundos efectos adversos que la justicia puede tener sobre el bienestar. La primera implica que aquellos que sostienen estándares

<sup>34</sup> *Id.* 7, 58.

<sup>35</sup> Tal vez el punto es planteado de mejor manera sosteniendo que el bienestar excluye la búsqueda de ciertas exigencias impuestas por la justicia, en vez de sostener que el bienestar disminuye o aminora la justicia. La manera anterior de plantear el argumento sugiere que la justicia, tal como el bienestar, es algo que puede ser maximizado. No necesita serlo y probablemente no lo es.

<sup>36</sup> KAPLOW & SHAVELL, *supra* nota 1, 58 ("Nosotros creemos que no ha sido apreciado el verdadero alcance que el análisis basado en la justicia tiene sobre el bienestar humano").

<sup>37</sup> *Id.*, 52-58.

deónticos para evaluar la ley tienen la carga de la prueba en términos argumentativos. Dado que (1) el bienestar es apropiado para evaluar las prácticas legales, y que (2) la justicia puede imponer costos enormes al bienestar, entonces la carga consiste en explicar por qué el Derecho debiera, de todos modos, conformarse a los requerimientos de la justicia. Esta es una carga que recae en los deontólogos y no hay una carga similar para los partidarios del bienestar. Asumiendo luego que las afirmaciones (1) y (2) anteriores son ciertas, entonces resulta bastante extraño que los actuales creadores de políticas públicas y la gente común —así como también los filósofos políticos— recomienden que las políticas legales deban conformarse a los requerimientos de la justicia. En otras palabras, a pesar de los efectos adversos fácilmente demostrables que la justicia produce sobre el bienestar, algunas intuiciones deónticas se mantienen profundamente enraizadas y de hecho su existencia requiere ser explicada. Es central en el pensamiento de Kaplow y Shavell el creer que han identificado esa explicación. Se trata, hablando en términos generales, de un argumento evolutivo<sup>38</sup>. Tener creencias deónticas es el resultado de la selección natural. Dichas creencias contribuyen a la sobrevivencia humana y por ende al bienestar humano. Aun más, una clara prueba de este carácter evolutivo es la amplitud en la que estas intuiciones sobre la justicia están contenidas en las normas informales que guían las relaciones entre las personas.

Si ponemos todas estas consideraciones juntas, podemos construir lo que llamaré el “argumento subsidiario”:

- (1) Que la búsqueda de la justicia disminuya el bienestar, es de hecho una tautología<sup>39</sup>. Esto no es más interesante que la afirmación igualmente cierta de que la búsqueda del bienestar disminuye la justicia.
- (2) Aunque (1) es una tautología, el punto importante es que los deontólogos subestiman la extensión o alcance en que la búsqueda de la justicia puede, de hecho, disminuir el bienestar. En el caso extremo, la búsqueda de la justicia puede hacer que cada una de las personas termine peor de lo que estaba, esto juzgado de acuerdo a la concepción que cada persona tiene de su bienestar<sup>40</sup>.
- (3) Esto significa que la justicia puede ser efectivamente muy perjudicial para el bienestar<sup>41</sup>.
- (4) Pero a pesar del impacto perjudicial de la justicia sobre el bienestar, mucha gente todavía cree que debemos evaluar las políticas públicas en términos de su justicia, y no en términos de su impacto en el bienestar<sup>42</sup>.
- (5) Dado lo que sabemos acerca del valor del bienestar y asimismo del perjudicial impacto que la justicia tiene sobre él, la existencia y persistencia de dicha creencia es extraña. Este misterio exige una explicación. La explicación puede localizarse en los mecanismos de la biología de la evolución. La posesión de fuertes intuiciones deónticas y que ellas se apliquen a ciertas prácticas tiene un valor evolutivo. Contribuye, consecuentemente, a la sobrevivencia y al bienestar humano<sup>43</sup>.

<sup>38</sup> Ver *id.* 62-70.

<sup>39</sup> *Id.* 7, 58.

<sup>40</sup> *Ib.*, 58

<sup>41</sup> *Id.* El principal propósito de la extensa segunda parte del libro es precisamente demostrar esta afirmación.

<sup>42</sup> *Ib.* 62.

<sup>43</sup> Ver *id.* 62-70.

- (6) De este modo, podemos ofrecer una explicación *razonada* para el valor del bienestar y una explicación *causal* para la creencia en el valor de la justicia. Las explicaciones razonadas racionalizan, y al hacer tal, justifican o explican el valor del bienestar. Por el contrario, las explicaciones causales desvirtúan los argumentos justificativos formulados en apoyo de la justicia<sup>44</sup>.
- (7) Por lo tanto, dado que el bienestar es racionalizable como un estándar, es por ello apropiado para evaluar el Derecho. Por el contrario, lo que resulta explicable es la creencia en el valor de la justicia, y no por razones sino por causas. Entonces, tenemos que evaluar el Derecho por medio de consideraciones de bienestar, aun cuando reconozcamos las fuerzas de la naturaleza que nos impulsan hacia la justicia: un impulso que nuestros “yo” racionales deben resistir si estamos por hacer lo correcto<sup>45</sup>.

El argumento central es una elaborada tautología ofrecida en apoyo a un non sequitur. El argumento subsidiario no es una tautología, pero no es menos problemático ni convincente. Comencemos con la idea de que los filósofos que valoran las prácticas y políticas legales de acuerdo a líneas deónticas (equidad o justicia) subestiman la extensión o alcance que tal consecución puede tener sobre el bienestar. Presumiblemente este es un argumento empírico respecto de los deontólogos. Y, si es así, es falso. Cada una de las objeciones tradicionales y extensamente conocidas que los deontólogos han planteado al utilitarismo, presuponen que la búsqueda de la equidad o de la justicia tiene un precio muy alto desde la perspectiva de la utilidad (o de las políticas de bienestar). Todos los viejos ejemplos utilizados como caballitos de batalla –incluyendo el caso de castigar a un inocente– están contruidos alrededor del conflicto entre justicia y bienestar (interpretado ampliamente). De hecho, en un caso normal, diversas consideraciones de seguridad y bienestar crean un argumento difícil de resistir en el sentido de aceptar que se castigue a un hombre inocente. La pregunta es si debemos hacerlo o no. La posición de la deontología sostiene que no debemos. Simplemente no hay manera de entender el argumento deontológico, si no es atribuyéndole un reconocimiento implícito de los altos costos aparejados en términos de bienestar cuando se actúa conforme a las demandas de la justicia. En efecto, no hay manera de entender las objeciones clásicas de la deontología al utilitarismo que no pase por reconocer la afirmación que el cumplimiento de la justicia demanda mucho en términos de costos de bienestar. Esto se da por sentado. Una pregunta adicional es si los argumentos deontológicos son siempre convincentes, esto es, si los costos en términos de bienestar valen el precio de la justicia. Y es todavía otra pregunta adicional si los deontólogos deben

<sup>44</sup> Ver *id.* 62-63, 69-72, 77. Por ejemplo, Kaplow y Shavell argumentan lo siguiente:

El origen del atractivo de las nociones de justicia –que están asociadas con normas sociales respecto de las cuales tenemos un vínculo– no implica que deban recibir peso como principio evaluativo al elegir las reglas legales. El caso es precisamente el contrario... Si estuviésemos concientes del rol de las normas sociales y de los orígenes de nuestros instintos e instituciones respecto de ellos, no estaríamos inclinados a conceder peso independiente a las nociones de justicia para los propósitos de evaluar la práctica legal. *Id.*, 71-72.

<sup>45</sup> Ver *id.* 69-72, 77, 80-81. Kaplow y Shavell presentan este punto en su versión más enfatizada en el siguiente pasaje:

[Los] analistas de las políticas legales –siendo miembros de la sociedad y por ello estando bajo la influencia de normas sociales internalizadas– naturalmente encuentran atractivas aquellas reglas legales e instituciones que parecen justas, sin llegar a apreciar el alcance en el que esos sentimientos pueden ser independientes de si tales regímenes legales particulares aumentan el bienestar de los miembros de la sociedad. Es esta tendencia la que creemos debe ser resistida... Después de todo, un propósito central del discurso académico –y una obligación central de quienes diseñan y reforman el sistema legal– es ir más allá de las respuestas más o menos reflexivas de los individuos comunes, de modo de poder identificar cuándo nuestros instintos e intuiciones acerca de las mejores políticas nos conducen por un camino equivocado. *Id.*, 80-81.

estar comprometidos con la visión de que ningún costo de bienestar es demasiado alto para satisfacer las demandas de la justicia. Pero, simplemente está fuera de toda duda que los deontólogos están más que suficientemente conscientes de la extensión o alcance que el cumplimiento de las demandas de justicia puede imponer en términos de costos en el bienestar.

Del mismo modo, Kaplow y Shavell se equivocan al no darse cuenta de que si lo que ofrecen llegara a ser un buen argumento, entonces sería tan contundente contra los partidarios del bienestar como contra los deontólogos. Esto por cuanto si la satisfacción de las necesidades de justicia puede disminuir de manera considerable el bienestar, es igualmente cierto que perseguir el bienestar puede disminuir ostensiblemente la justicia. Los mismos contraejemplos usados contra el utilitarismo que presuponen un alto grado de sacrificio de bienestar a fin de satisfacer las demandas de la justicia, pueden ser entendidos como indicativos del alto nivel de costos que la prosecución del bienestar puede imponer sobre la justicia. ¿No es este precisamente el punto que es reflejado por ejemplos del tipo “castigar al inocente”? Es decir, si todo lo que tenemos en mente es buscar el bienestar, entonces corremos el riesgo de imponer las más atroces injusticias –incluyendo sancionar a aquellos que sabemos que son inocentes–. Comentarios similares pueden ser aplicados a todos los demás contraejemplos usados contra el utilitarismo. De la misma manera que estos contraejemplos exigen que los deontólogos confronten el costo que perseguir la justicia tiene sobre el bienestar, también fuerzan a los partidarios del bienestar a tomar en cuenta el costo que tiene sobre la justicia la prosecución única y exclusiva del bienestar. Por ello es que tanta tinta ha sido derramada en estos ejemplos; ellos dan cuenta encendidamente de los conflictos que existen entre las dos concepciones de la “acción correcta” y de los costos de una devoción exclusiva a cualquiera de ellas dos. De forma que no sólo es simplemente falso que los deontólogos fallen en apreciar los costos de bienestar que acarrea un compromiso con la satisfacción de la justicia, sino que además, de ser cierta esta acusación resultaría igualmente aplicable a los economistas. No hemos descubierto ninguna verdad sobre la deontología o sobre sus relaciones con el bienestar. Todo lo que Kaplow y Shavell han entregado no es más que claros ejemplos de cómo el conflicto entre el bienestar y la justicia –un conflicto que es inevitable, dada la manera en que conceptualizan a las dos– puede agotarse en la práctica presente.

El rasgo más extraño del argumento de Kaplow y Shavell es la sensación aparente de que hay algo en nuestras intuiciones deónticas *fuertes* que nos deja perplejos, situación que exige una explicación causal<sup>46</sup>. Cada componente de esta parte de su argumento es problemático, partiendo por la afirmación de que sólo las intuiciones deónticas y no las relativas al bienestar requieren de una explicación, siguiendo por la explicación en cuanto tal, y terminando por la inferencia que presentan en el sentido que una explicación causal de estas intuiciones sirve para rebajar su fuerza argumentativa. Más allá de lo anterior, una vez más está el problema de que ellos no se dan cuenta que si los argumentos que presentan en contra de los deontólogos son adecuados, entonces son igualmente válidos contra los partidarios del bienestar. A continuación nos haremos cargo de estos problemas, partiendo con la sugerencia formulada por los autores

---

<sup>46</sup> Por ejemplo, Kaplow y Shavell hacen notar:

Nuestras dos conclusiones –relativas a cómo la búsqueda de las nociones de justicia terminan por empeorar la situación de los individuos y relativas a la carencia de justificaciones afirmativas para usar nociones de justicia como principios evaluativos– llevan a formularse la pregunta de por qué los analistas de políticas legales (incluyéndonos a nosotros mismos), los creadores de políticas públicas y los filósofos, entre otros, encuentran estas nociones de justicia tan atractivas.

*Id.* at 62.



en el sentido de que existe una razón para pensar que nuestras intuiciones deónticas fuertes necesitan una explicación.

Dado el valor del bienestar y el impacto perjudicial que la búsqueda de la justicia produce sobre él, Kaplow y Shavell se preguntan por qué, en distintas circunstancias, gente inteligente insiste en que el Derecho debe satisfacer ciertas demandas de justicia. La idea es que la justicia no puede ser defendida por la razón. Lo mejor que uno puede esperar por hacer es explicar por qué, a pesar de ello, los filósofos y otros siguen insistiendo en tal proyecto. Y donde Kaplow y Shavell no ven la posibilidad de una justificación, se remiten en cambio a presentar una explicación. Su creencia es que el valor de la justicia no puede ser justificado, pero que sí puede ser explicado. En cualquier caso, para estos autores, el hecho de que la justicia sí pueda ser explicada [y no justificada] es parte de un argumento en contra de ella en cuanto fuente de evaluación del Derecho. Esta es una idea difícil, y hay que tener algo de cuidado para entenderla dentro del contexto general del argumento presentado por Kaplow y Shavell.

Con este fin, resulta útil distinguir entre dos visiones (de todas las posibles) sobre la relación entre los proyectos explicativos y los normativos. El primero de éstos está representado por una forma particular de la filosofía naturalista, la que nosotros llamamos “naturalismo de reposición”<sup>47</sup>. El naturalismo de reposición es la visión que postula que proyectos normativos —en epistemología, jurisprudencia o filosofía de la conciencia— no tienen esperanza. Como los proyectos normativos no pueden triunfar, los únicos proyectos valiosos que quedan son los explicativos.

Un ejemplo familiar tomado de la epistemología sirve para ilustrar la estrategia general del argumento. Podemos pensar en los proyectos centrales de la epistemología de la siguiente manera: Se parte por pensar en las experiencias sensoriales como entradas [*inputs*] epistemológicas y en las creencias, teorías y visiones globales como salidas [*outputs*] epistemológicas. El proyecto de la epistemología es determinar qué salidas están justificadas por un conjunto dado de entradas. Este es el proyecto de identificar los criterios de las creencias justificadas. Las creencias están justificadas si están sustentadas apropiadamente por las entradas. ¿Qué es lo que constituye un sustento apropiado o justificación? En este sentido, la epistemología tradicional opera centrada en justificaciones. Quine es famoso por haber argumentado que, dadas una serie de entradas epistémicas, no existen normas descubribles *a priori* que sirvan para escoger ciertas creencias como justificadas y otras no. La filosofía no tiene nada que permita contribuir a ayudarnos a identificar las normas lógicas o de buen razonamiento que de ser seguidas permitirían justificar inequívocamente algunas creencias y no otras<sup>48</sup>. En vez de intentar determinar las normas que dirigen el buen razonamiento —aquellas que de ser seguidas justificarían las creencias— deberíamos estudiar cómo es que razonan las personas en la práctica. La epistemología tradicional sería reducida a un capítulo enterrado en algún libro de psicología, al mismo tiempo que los proyectos justificativos darían paso a proyectos explicativos de psicología cognitiva; por ello la frase “naturalismo de reposición”.

<sup>47</sup> Ver Brian Leiter, *Naturalism and Naturalized Jurisprudence*, en *ANALYZING LAW: NEW ESSAYS IN LEGAL THEORY* 79 (Brian Bix ed., 1998) (distinguiendo entre distintos tipos de naturalismo); ver también JULES L. COLEMAN, *THE PRACTICE OF PRINCIPLE* 210-217 (2001) (evaluando las posibilidades de una jurisprudencia naturalizada).

<sup>48</sup> Ver W.V. QUINE, *Epistemology Naturalized*, en *ONTOLOGICAL RELATIVITY AND OTHER ESSAYS* 69 (1969) (argumentando desde el holismo confirmatorio [*confirmatory holism*] y de la tesis de la indeterminación en contra de una epistemología *a priori* centrada en las justificaciones).

Desde la perspectiva de las interrogantes explicativas como substitutas de las normativas, podemos distinguir una familia de visiones que se concentran alrededor de la afirmación que las explicaciones causales tienen consecuencias normativas. Por cierto que existen muchos sentidos en los cuales las explicaciones pueden ser normativas, y asimismo muchas maneras en las que explicaciones pueden jugar un rol en argumentos normativos, sin ser necesariamente controversiales. Pero no todas las visiones posibles sobre la relación entre las explicaciones y las justificaciones son tan inocentes, y en un momento me enfocaré en un caso particularmente controversial. De acuerdo a la afirmación sobre la cual quiero centrar mi atención, una explicación causal del porqué alguien expresa las afirmaciones que expresa sí tiene relación con nuestra evaluación de los méritos propios de la afirmación considerada en sí misma. En particular, esta es la forma del argumento en el que se fundan Kaplow y Shavell: las explicaciones causales de las creencias que tenemos y de las afirmaciones que sostenemos pueden desvirtuar esas creencias y esas afirmaciones.

Antes de enfocarme en esta afirmación y su centralidad respecto al argumento de los autores, es importante contrastarlo un poco más con otras actitudes más familiares del *law & economics* respecto al lugar que corresponde a los distintos proyectos explicativos y normativos. Algunos seguidores del análisis económico del Derecho son escépticos del valor que puedan tener los proyectos normativos y por ende se muestran inclinados a limitarse a intentos meramente explicativos. Sean conscientes de ello o no, esto los hace una especie de naturalistas. Otros no son escépticos, pero consideran que el rol especial del análisis económico no es aportar juicios normativos, sino contribuir a la racionalidad de los juicios que buscamos afirmar vía descubrir conexiones causales relevantes, por ejemplo entre reglas de responsabilidad y tasas de accidentes. La mayor parte del *law & economics* contribuye a la cordura de nuestros juicios y a la defendibilidad de nuestras políticas sociales precisamente de esta manera.

Pero Kaplow y Shavell se alejan de estas alternativas más modestas relativas al rol que las explicaciones causales pueden tener en argumentos normativos, para posicionarse en favor de una posición más fuerte que afirma que las explicaciones causales de las creencias que tienen los individuales desvirtúan los méritos de tales creencias<sup>49</sup>. Como ellos ven el asunto, el hecho de que haya una explicación causal persuasiva de porqué tanta gente cree que el Derecho debe promover la justicia —incluyendo a los filósofos, creadores de políticas públicas y personas comunes y corrientes—, debería figurar en la valoración de la afirmación misma. ¿Por qué otra razón introducirían entonces el hecho de que esa explicación causal existe, si no es precisamente para defender el bienestar contra la justicia?

Acá hay dos argumentos conectados: primero, que hay una explicación causal persuasiva de por qué los individuos insisten en la visión de que el Derecho debiera ser valorado en conformidad a las demandas de justicia; y, en segundo lugar, el hecho de que una explicación así cuenta en la valoración de los méritos subyacentes de las demandas de justicia. Este último argumento es el más interesante para nuestros propósitos. No negamos que es audaz y distintivo y, tal como veremos en un momento, que resulta esencial para la totalidad de la argumentación de los autores. Pero aunque pueda ser atrevido, distintivo y esencial para el argumento, no es ni una defensa plausible ni una defensa adecuada. Peor aún, si llegara a ser una afirmación sólida, más que apoyar la tesis de los autores, la destruiría.

<sup>49</sup> No quiero sugerir que Kaplow y Shavell, conjunta o separadamente, no busquen estos modestos proyectos en otra parte, incluyendo en otras partes del libro. Más bien, el punto es que el argumento central que ellos hacen contra la justicia depende de esta tesis fuerte.

Sin entrar a calificar, la visión de que la existencia de una explicación causal que muestre por qué alguien mantiene una cierta afirmación lleve a desvirtuar la verdad de esa afirmación, resulta simplemente insostenible. Normalmente, la mejor explicación causal de por qué alguien podría valorar P es la verdad de P. Es por ello que no puede ser que explicaciones causales como esas desvirtúen la verdad de la afirmación que ha sido objeto de la explicación. La tesis tiene que ser o restringida o debilitada. Incluso si la mayoría de las explicaciones causales no tuviera ninguna relación con la verdad de la afirmación sostenida, algunas sí podrían tenerlo. ¿Qué explicaciones causales de las creencias que tenemos contribuyen a nuestras evaluaciones del mérito de tales creencias? ¿Y, por qué? Kaplow y Shavell obviamente creen que las explicaciones evolutivas de nuestras creencias tienen relación con los méritos de las creencias mismas. Esto porque los autores argumentan tanto que existe una explicación evolutiva para el hecho de que los individuos crean en el valor de la justicia como apropiado para valorar el Derecho, como también que este hecho debilita el argumento pro justicia e indirectamente da soporte al argumento pro bienestar.

Como ellos lo ven, la evolución muestra que creer que nuestros asuntos deban ser regulados conforme a la justicia da lugar a una ventaja colectiva, y por lo mismo, que los individuos insistan en la idea que nuestros asuntos sean regulados conforme a la justicia no debería ser una sorpresa. En su visión, insistimos en la justicia porque es beneficioso hacerlo así y no porque nuestros asuntos deban ser regulados por ella. Una vez que estamos a tono con las ventajas evolutivas de nuestras intuiciones deónticas fuertes – ventajas que se hacen manifiestas, de acuerdo a Kaplow y Shavell, de conformidad al alcance y extensión que nuestras normas informales y nuestras prácticas contienen y dan cuenta de la justicia<sup>50</sup> – el asidero que estos principios tienen en nosotros se debilita. Conociendo la fuente se debilita el asidero de los principios, y en este sentido, las explicaciones evolutivas figuran con buen motivo debilitando el contenido de las afirmaciones sobre la justicia.

Es fácil confundir esta visión con otra más plausible y familiar que aparece comúnmente en nuestras discusiones diarias. En un encendido debate sobre reforma al régimen de responsabilidad extracontractual, un participante argumenta en favor de la posición que señala que las indemnizaciones de perjuicios por negligencia médica deberían ser limitadas; otro replica haciendo notar que el defensor de poner topes a las condenas en daños es un cirujano que ha sido demandado y condenado por mala práctica médica. Al responder de esta manera, esta persona intenta desvirtuar el argumento del cirujano. Otra persona presenta la tesis que las rentas de arrendamiento en la ciudad de Nueva York deben permanecer estabilizadas, y es refutada por otra que rechaza su visión basada en el hecho que la anterior vive en un departamento sujeto a control de rentas. En este tipo de casos, al expresarse la fuente de las afirmaciones, ya no nos sorprendemos por las opiniones que estas personas defienden y nos mostramos más bien escépticos respecto a sus motivos. Ahora bien, siendo escépticos respecto de sus motivos y cautos con los argumentos esgrimidos, el hecho es que todavía tanto el cirujano como el arrendatario del departamento pueden estar en lo correcto. Ellos están interesados en sus defensas, y por ello se podría incrementar su carga para crear un caso persuasivo, pero un caso como el suyo todavía puede ser probado. Esto por la obvia razón de que la historia causal se relaciona con la confiabilidad (de una manera u otra) del testigo y no con la verdad de lo que es afirmado.

<sup>50</sup> Ver KAPLOW & SHAVELL, *supra* nota 1, 63-69.

Kaplow y Shavell están planteando un argumento aun más fuerte. Esto por cuanto no es su visión que una vez que conocemos el origen evolutivo de nuestras creencias en la justicia debemos adoptar una postura escéptica respecto de aquellos que defienden la justicia —postura que, por lo demás, nos inclinaría a demandar más argumentos normativos antes de ser persuadidos por la verdad de la afirmación subyacente—. Su visión es que los argumentos evolutivos relativos a la justicia, por sí mismos, son parte del argumento en contra de la justicia y a favor del bienestar.

Yo he atribuido este argumento a Kaplow y Shavell, pero ellos en ninguna parte lo hacen explícito o lo defienden. No es que diga que Kaplow y Shavell explícitamente proyecten esta visión. Más bien, lo que afirmo es que es necesario atribuirles a ellos esta visión para hacer que su argumento funcione. Para apreciar la centralidad de esta afirmación respecto al argumento completo que presentan en su libro, necesitamos retrotraer el argumento al punto en el cual se introduce la afirmación evolutiva relativa a la justicia.

El argumento básico descansa en unas pocas ideas. Como lo he reconstruido, la idea básica es que el bienestar es valioso y la búsqueda de la justicia lo perjudica. Esto no puede bastar para rechazar a la justicia, por la simple razón de que se puede utilizar el argumento a la inversa. La justicia es valiosa y la búsqueda del bienestar la perjudica. La acusación contra la justicia se fortalece con la observación de que su prosecución puede perjudicar al bienestar *en gran medida*. Pero esto tampoco ayuda, ya que lo mismo se puede aplicar a la justicia: la búsqueda de bienestar puede limitar en gran medida nuestra capacidad para actuar conforme a las demandas de la justicia. Este es básicamente el argumento del libro, con la excepción de dos discusiones accesorias: una, relativa a los orígenes evolutivos de la creencia en la justicia, y otra, hablando con soltura, relativa a la plasticidad de nuestras intuiciones deónticas<sup>51</sup>.

Esto significa que en la ausencia del argumento evolutivo, Kaplow y Shavell no han aducido ninguna consideración en contra de la justicia y a favor del bienestar que no pueda ser usada en sentido inverso. Aparte del argumento evolutivo, nada de lo que ellos dicen puede ser usado para demostrar una posición o la otra. Por ende, el argumento evolutivo tiene sobre sí una muy pesada carga argumentativa. Este argumento es todo lo que hay entre que los autores prueben sus afirmaciones en favor del bienestar y no prueben nada de nada. Se supone que el argumento evolutivo introduce consideraciones que se posicionan en contra de la justicia y a favor del bienestar. Y, ¿cómo podría ser esto sino en el sentido que la explicación evolutiva de la justicia juega en contra de la afirmación que defiende la justicia y a favor del bienestar? No hay ninguna manera de leer el argumento evolutivo en el contexto del libro que no sea entendiéndolo como un esfuerzo para debilitar los argumentos pro justicia y de esta manera defender indirectamente el bienestar.

Con tanto puesto en juego en este argumento evolutivo, deberíamos hacer una pausa por un momento para identificar qué es lo que deberían demostrar Kaplow y Shavell para hacer bien las cosas. Los argumentos evolutivos son una especie de explicaciones causales, y las explicaciones causales relativas a por qué alguien cree o valora algo normalmente no tienen relación con los méritos de esas creencias y valoraciones. Así, una cosa que Kaplow y Shavell deben hacer es esclarecer por qué explicaciones evolutivas sí lo hacen. Y, por cierto, más que eso: Necesitan explicar por qué los argumentos evolutivos debilitan, más que refuerzan, los méritos de las creencias cuya existencia intentan explicar. De cualquier

<sup>51</sup> Esta última consideración es introducida en parte para reforzar el argumento evolutivo y en parte como un argumento independiente en contra la justicia.

forma, en el nivel más básico, los autores necesitarían mostrar que la evolución (o algo similar) selecciona las creencias. Además tendrían que demostrar que la evolución ha seleccionado la creencia en la justicia. Incluso esto no sería suficiente: ellos deberían demostrar que aunque la evolución selecciona la creencia en la justicia, ella no selecciona la creencia en el bienestar. Esto porque si la evolución selecciona también la creencia en el bienestar, el proyecto completo colapsaría.

Kaplow y Shavell no satisfacen ninguna de estas condiciones de adecuación. No ofrecen ninguna base sobre la cual se pueda distinguir los argumentos evolutivos de otras explicaciones causales o funcionales, es decir, no entregan ningún fundamento que nos permita pensar por qué las explicaciones evolutivas apuntan a los méritos subyacentes de las creencias que tenemos de una manera particular a ellas y que no se aplica a otro tipo de explicaciones causales. Tampoco ofrecen ningún fundamento para pensar que los argumentos evolutivos desvirtúan más que fortifican los méritos de aquellas de nuestras creencias que tienen orígenes evolutivos. No entregan razones para pensar que los factores evolutivos seleccionan las creencias, y si la evolución seleccionara creencias, ellos no entregan ninguna razón para pensar que la selección sería en favor de aquellas creencias en la justicia y no por aquellas otras en el bienestar.

Por el momento, podemos dejar de lado estas preocupaciones; el argumento falla en sus propios términos. En realidad tiene algo de exagerado decir que Kaplow y Shavell ofrecen una explicación evolutiva para la creencia en la justicia o, más en general, para otras intuiciones deónticas fuertes. Ellos hacen apenas algo más que un gesto por un argumento de estilo evolutivo<sup>52</sup>. En términos aproximados, el argumento sostiene que hay ventajas evolutivas en creer que los asuntos humanos debieran ser regulados conforme a consideraciones de justicia. Una vez que entendemos los beneficios de mantener intuiciones deónticas fuertes, los misterios están resueltos. Aquellos que insisten en evaluar el Derecho dependiendo de la satisfacción de las demandas de justicia, desarrollan una visión que no puede ser sostenida apelando a la razón o a valores, pero que en cambio puede ser explicada de un modo evolutivo, esto es, como algo falso, pero valioso.

Si Kaplow y Shavell están en lo correcto, la creencia en el valor de la justicia está errada (como algo valioso independientemente de su conexión con el bienestar). Y no se trata sólo de una posible creencia falsa o inofensiva, sino de una que —en la medida que ha afectado nuestras prácticas legales— ha sido el origen de desperdicio, miseria y desgracia. La creencia correcta es en el valor del bienestar. El argumento de que la evolución selecciona la justicia implica que la evolución escoge una creencia falsa. Dejando todo lo demás constante, es posible pensar que debiésemos querer un mapa de rutas del mundo que sea preciso a fin de poder intentar encontrar nuestro propio camino a través de él. Después de todo, un mapa rutero que sea impreciso es muy posible que nos haga perdernos. Si pensamos en nuestras creencias como constitutivas de un mapa del mundo, ¿por qué no deberíamos tener la expectativa que la evolución seleccione las creencias verdaderas en vez de las falsas? Algunas de las creencias sobre las que nos basamos

<sup>52</sup> Al hacer esto, los autores indican que no comprenden los límites dentro de los cuales los argumentos evolutivos son apropiados. La evolución no selecciona creencias particulares sostenidas por personas particulares. De hacer algo, selecciona capacidades humanas, por ejemplo, la capacidad de tener creencias o de razonar, etc. Muy a menudo, los argumentos evolutivos no son más que metáforas para un “estilo” de argumento. Este no es el lugar para explorar el alcance de la incomprensión y mala aplicación de los argumentos evolutivos por parte de los autores. Para ver una reciente conferencia respecto de los argumentos evolutivos en la ley, ver Simposio, *ASU-Gruter Conference on Law, Behavioral Biology, and Economics*, 41 JURIMETRICS JOURNAL 287 (2001).

al tomar nuestro camino a través de la vida son de carácter normativo, esto es, creencias acerca de cómo debemos comportarnos, acerca de cosas y acciones que nos debemos unos a otros, y de cómo el gobierno debe regular los asuntos entre nosotros. ¿No deberíamos esperar que la evolución seleccione las creencias normativas verdaderas, y no las falsas?

Nosotros no tenemos la necesidad de sostener que la evolución debe seleccionar creencias verdaderas para socavar el argumento de Kaplow y Shavell. Es suficiente notar que ellos no proveen de ninguna razón que permita pensar que la evolución seleccionaría esta particular creencia falsa en el valor de la justicia en tanto opuesta a la creencia verdadera en el valor del bienestar. En el mejor de los casos, existen al menos tantas razones para creer que la evolución selecciona la justicia como para creer que selecciona el bienestar. Si la evolución selecciona creencias, es muy posible que seleccione aquellas que contribuyan a nuestra capacidad para franquear el mundo de manera satisfactoria. En general, las creencias verdaderas más que las falsas parecen contribuir más eficazmente a nuestra manera de franquear al mundo. Probablemente existe un mejor argumento evolutivo para la insistencia del economista en el bienestar que para la insistencia del filósofo en la justicia. Dada la visión de los autores respecto a que una explicación evolutiva de las creencias debilita el contenido de tales creencias, esto no sería una buena salida para ellos. Por una parte, las presiones evolutivas explican la creencia en el bienestar. Por la otra parte, ellos están comprometidos con la visión de que los argumentos evolutivos desvirtúan las creencias. El argumento desvirtuador parecía de ayuda cuando había una razón para pensar que las consideraciones evolutivas operarían en contra de la justicia. El argumento se ve ahora menos útil cuando puede operar en contra del bienestar.

Estas consideraciones evolutivas son todavía más problemáticas de lo que hemos manifestado hasta aquí. Si las creencias verdaderas son aquellas que en los hechos son seleccionadas por la evolución, y si el argumento evolutivo opera desvirtuando tales creencias, entonces los únicos argumentos que no son socavados por la evolución son aquellos que ella no selecciona: esto es, los falsos y los inútiles. ¿Puede ser algo menos plausible que esto? De hecho, la mejor manera de tomar todo esto es como un *reductio [ad absurdum]* de la forma completa del argumento.

Esta línea de objeción parece tan devastadora para el argumento evolutivo, que me pregunto si en realidad no habré malentendido el rol que las consideraciones evolutivas juegan en el pensamiento de los autores. Quizás el argumento evolutivo está presentado para apoyar un punto diferente: que todo, incluyendo la creencia en la justicia, sobrevive sólo porque contribuye al bienestar. Este argumento debería funcionar de la siguiente manera. Tenemos tres categorías de creencias en base a las cuales debiéramos actuar: la creencia en el valor del bienestar; la creencia en el valor de la justicia, en donde la justicia es reducible a una variable más de la función de utilidad de esta o de aquella persona; y la creencia en la justicia, pensada como algo valioso sin que importe si alguien la aprecie o no<sup>53</sup>. Actuar sobre la base de la creencia en el valor del bienestar (manteniendo lo demás constante) promueve el bienestar. Actuar sobre la base de la creencia en el valor de la justicia como algo valioso en la medida en que los individuos tengan

<sup>53</sup> La diferencia entre las dos concepciones de la justicia es esta: en un sentido, la justicia es valiosa porque alguien le da ese valor (a juzgar por el hecho de que él o ella tienen un gusto o preferencia por la justicia). En el otro sentido, la justicia es valiosa y es por ello que los individuos deben valorarla, esto es, deben preferirla o deben tener un gusto por ella. Es una razón sobre la cual ellos deben actuar.

una preferencia por ella, también promueve el bienestar (manteniendo todo lo demás constante). Hay una tensión aparente cuando los filósofos y otros argumentan que debiéramos actuar sobre la base de la creencia en el valor de la justicia como algo valioso, sea o no que alguien tenga una preferencia por ella. Tal acción parecería como inconsistente con el bienestar. Pero el argumento evolutivo nos muestra que la inconsistencia es más aparente que real. Porque la creencia en la justicia como un valor independiente sobrevive sólo porque incrementa el bienestar. La evolución nos muestra que todo converge en el bienestar, incluso la justicia; todo lo que sobrevive contribuye al bienestar.

Si este es el argumento que Kaplow y Shavell tienen en mente, más que sustentar la tesis central del libro, la aplasta. Si todo sobrevive porque contribuye al bienestar, entonces eso es todo lo que hay sobre el punto. Ya no importa cómo valoremos el Derecho. Si pensamos que es apropiado evaluar el Derecho por su impacto en el bienestar, entonces eso es bueno porque así contribuimos al bienestar. Si, por el otro lado, adoptamos la visión que debemos evaluar el Derecho por la medida en la que satisface las demandas de justicia, no hay problema, porque hemos llegado a tal creencia de una manera evolutiva. Y si hemos adoptado esa visión evolutivamente, actuar de tal manera contribuye al bienestar. El problema con interpretar el argumento evolutivo en este sentido es que hace el proyecto del libro una broma; no hay ningún sentido significativo en el que justicia y bienestar puedan competir. La única competencia que podría darse es entre métodos más o menos directos de alcanzar el bienestar. En todo caso, buscar el bienestar es algo que difícilmente podamos luchar por conseguir, porque, al final del día, la evolución nos hace imposible hacer cualquier otra cosa distinta. Se trata así del tipo de cosas que difícilmente constituye un trabajo clásico.

La dependencia de Kaplow y Shavell en una teoría evolutiva es una pesadilla metodológica. En primer lugar, apelar a consideraciones evolutivas no puede ser tomado de modo literal, dado que la evolución no escoge creencias particulares. Los autores afirman que porque existen ventajas en creer en la justicia, entonces tiene que existir un argumento del tipo evolutivo para tal creencia. Pero ellos además piensan que la creencia en la justicia es falsa y más aún, que esa creencia tiene también muchísimas desventajas. Difícilmente puede ser éste un material adecuado para sostener una hipótesis evolutiva que explique la persistencia en una creencia<sup>54</sup>. Hay mejores razones para suponer que existe un argumento evolutivo en favor de la creencia en el bienestar—creencia que Kaplow y Shavell insisten que es verdadera y beneficiosa—. Ellos no dan ninguna razón para pensar que los argumentos evolutivos proveen fundamentos relativos al mérito de las creencias que tenemos, mientras que otras explicaciones causales o funcionales no lo hacen; y no dan ninguna razón para pensar que esas explicaciones evolutivas debilitan más que refuerzan las afirmaciones subyacentes. Peor aún, si las explicaciones evolutivas dieran fundamento al mérito de las afirmaciones subyacentes, Kaplow y Shavell se encontrarían en un apuro. Hay un argumento evolutivo en favor del bienestar, y, por lo mismo, este argumento debería socavar las

<sup>54</sup> Mi argumento no es que la evolución seleccione creencias verdaderas. Mi visión es que la evolución no selecciona creencias en general. Si seleccionara creencias, yo no afirmaré que sólo selecciona creencias verdaderas. Existen, por cierto, creencias falsas, creencias que son persistentes y resulta interesante preguntarse por qué sobreviven tanto dada la potente evidencia en su contra. Esta es una pregunta para aquellos que están más interesados que yo en la epistemología evolucionista. Mi modesto punto es que, dejando las demás cosas constantes, hay un caso teórico mejor—que es lo que, después de todo, es lo único que ofrecen Kaplow y Shavell— para ser presentado en favor de las ventajas evolutivas de la creencia en el bienestar que respecto a la creencia en la justicia.

afirmaciones que defienden el bienestar. No obstante, si el argumento evolutivo es introducido para demostrar que todo, al final del día, se reduce al bienestar, entonces prueba demasiado.

Olvidando las confusiones metodológicas que destruyen el argumento mismo, y enfocándose sólo en las inferencias que podemos esbozar a partir de él, es posible contemplar diversas alternativas. Si hay un argumento evolutivo para la justicia, entonces hay uno para el bienestar. Si los argumentos evolutivos debilitan las creencias normativas que ellos explican, entonces tanto la afirmación del valor del bienestar como la afirmación del valor de la justicia son desvirtuadas de la misma manera. Si los argumentos evolutivos son irrelevantes respecto al contenido de las afirmaciones de las creencias que explican, entonces el argumento evolutivo es un non sequitur. Si el argumento evolutivo muestra que todo se puede reducir al bienestar, entonces el libro queda convertido en un esfuerzo absurdo. Al final del día, el argumento evolutivo es o un non sequitur —que no prueba nada— o prueba demasiado. Pero en ningún caso puede sobrellevar la pesada carga argumentativa que Kaplow y Shavell le han puesto encima.

Sería bastante útil si sintetizáramos todos los argumentos de la primera parte del libro:

- (1) Del argumento principal podemos concluir que la búsqueda de justicia disminuye el bienestar.
- (2) Del argumento subsidiario sacamos ilustraciones del alcance o extensión a la que tal disminución puede llegar.
- (3) Del argumento subsidiario también podemos obtener una explicación causal de la creencia que afirma que buscar la justicia es adecuado.
- (4) Del argumento subsidiario, por consiguiente, es posible derivar una desvirtuación de las afirmaciones normativas en favor de la justicia.
- (5) Cuando todas estas consideraciones son puestas juntas, tenemos el argumento en favor de la conclusión que buscar el bienestar (contra la alternativa de buscar justicia) es la única forma apropiada dentro de los dominios legales.

Los problemas con este argumento pueden ser planteados como sigue:

- (1) Dado como los autores definen los términos, la afirmación que la justicia disminuye el bienestar es una tautología que puede ser replanteada como la afirmación de que el bienestar disminuye la equidad.
- (2) El argumento subsidiario no solamente muestra que la justicia puede disminuir intensamente el bienestar, sino que el bienestar puede, de hecho, disminuir intensamente la justicia.
- (3) En la medida en que el argumento subsidiario ofrece una explicación causal adecuada relativa a nuestras intuiciones deónticas fuertes, el mismo argumento se aplica a intuiciones fuertes sobre el bienestar.
- (4) En la medida en que las explicaciones evolutivas o causales generalmente desvirtúan las afirmaciones efectuadas en favor de creencias deónticas, tales explicaciones desvirtúan también las afirmaciones equivalentes hechas en favor del bienestar.
- (5) Por otro lado, no hay razón para suponer que las explicaciones causales desvirtúen de manera justificada los argumentos en cualquiera de los dos casos.

El problema de *Justicia versus Bienestar* es que, a pesar de formular una afirmación normativa, no encuentra argumentos normativos que la sostengan. En vez de eso, Kaplow y Shavell presentan una



mezcla de afirmaciones tautológicas sobre la relación entre el bienestar y la justicia, y explicaciones causales putativas del hecho que los individuos tienen intuiciones deónticas fuertes. El primer caso —la tautología— es vacío y no puede dar sustento a ninguna afirmación normativa. El segundo, falla al no ser capaz de elevarse más allá de las meras especulaciones. Incluso en cuanto explicaciones causales eventualmente adecuadas, esos factores son irrelevantes respecto a la verdad de las afirmaciones subyacentes en favor de la justicia. Y, como ya ha sido demostrado una y otra vez, si el argumento evolutivo es un problema para el deontólogo, es también un problema para quien apoya el bienestar. Por cierto que, al final del día, la existencia de una posible explicación causal o funcional de por qué nosotros creemos en lo que creemos no guarda ninguna relación con la verdad de aquello en lo que creemos.

### III. De vuelta al bienestar y la justicia: Esbozo de una posición alternativa

El argumento central del libro establece que el Derecho debiera ser valorado por su impacto en el bienestar y no por su conformidad con las demandas exigidas por la justicia. Este argumento es interesante sólo si el bienestar y la equidad son ambos sistemas plausibles con los cuales se pueda evaluar el Derecho. Por ello, un argumento apropiado para sostener la afirmación del libro de Kaplow y Shavell debiera comenzar con bases sustantivas para aproximarse a ambos, el bienestar y la justicia. Tales bases serían apropiadas sólo en la medida en que cada una poseyera suficientes recursos para explicar el valor del bienestar (y de la justicia) y poseyera la aptitud para evaluar el Derecho. Una vez que tales bases del bienestar y la justicia estén establecidas, entonces se podría exponer un argumento apropiado que permita defender un criterio que, a su vez, permita elegir entre el bienestar y la justicia concebidas en tales términos.

Kaplow y Shavell no proveen de ningún criterio para escoger entre justicia y bienestar, situación que es incomprensible en un libro titulado *Justicia versus Bienestar*. Los autores entregan evidencia relativa a que la exigencia que el Derecho satisfaga las demandas de la justicia limita el alcance en que se puede promover el bienestar. Sin embargo, muchos de esos mismos ejemplos ilustran también el alcance en que la promoción del bienestar restringe la capacidad del Derecho de satisfacer las demandas exigidas por la justicia. Y de este modo, ante la ausencia de un criterio de selección entre el bienestar y la justicia, la evidencia que ellos ofrecen —que es muy interesante en sí misma— no guarda ninguna relación con la afirmación fundamental del libro.

El lector debiera recordar que son Kaplow y Shavell —y no los deontólogos a quienes dirigen sus críticas— quienes formulan esta afirmación radical. Ellos afirman que el Derecho debiera ser valorado sólo por su impacto en el bienestar y nunca por su satisfacción de las demandas exigidas por la justicia. Los deontólogos no necesitan formular un argumento comparable a éste. No necesitan argumentar —y es muy probable que lo hagan— que el Derecho no deba ser valorado por su impacto en el bienestar. El deontólogo sólo afirma que además de ser evaluado conforme a su impacto en el bienestar, el Derecho debe ser valorado también conforme a la extensión en que éste satisface las exigencias demandadas por la justicia. Kaplow y Shavell rechazan incluso esta modesta afirmación. Uno podría pensar que teniendo tanto en juego y habiendo propuesto afirmaciones tan fuertes como las indicadas, Kaplow y Shavell ofrecerían un criterio para elegir entre justicia y bienestar; pero no lo hacen.

Es importante aclarar que tampoco ofrecen un concepto de la justicia o uno relativo a su valor. De hecho, explícitamente rechazan la necesidad de dar un concepto relativo a qué es la justicia<sup>55</sup>. Por lo mismo, no ofrecen ningún criterio para distinguir entre justicia retributiva y correctiva, y entre ambas y justicia distributiva. Todas ellas se encuentran amontonadas bajo una rúbrica general, la “justicia” [*fairness*], cuyo valor o aptitud como estándar para valorar el Derecho permanece en la más total oscuridad. Desde su punto de vista, no es necesario explicar qué es la justicia ni tampoco por qué la búsqueda de la justicia es valiosa; lo anterior por cuanto su argumento se basa en que, sea lo que sea la justicia y sea lo que sea valioso en ella, su prosecución es perjudicial para el bienestar.

A decir verdad, la única afirmación seria que formulan es que la justicia es perjudicial al bienestar, y fue necesario avanzar largamente aquí para establecer el limitado interés que esta afirmación guarda respecto a las conclusiones centrales del libro. Incluso así, uno podría pensar con tanto en juego, Kaplow y Shavell intentarían laboriosamente dar cuenta de la naturaleza del bienestar y explicar su valor y su aptitud para evaluar el Derecho. Si los efectos perjudiciales sobre el bienestar resultan tan decisivos contra la justicia, entonces el bienestar debe ser algo impresionantemente importante. Puede que lo sea, pero si llegara a serlo, esto depende, en parte, de qué consideremos sea el bienestar. Por ello, necesitamos una base para entender qué es el bienestar y una explicación de su extraordinario valor.

De hecho, Kaplow y Shavell ofrecen muy poco en favor de una base relativa a la naturaleza del bienestar. Menos tienen que decir sobre el valor del bienestar y de hecho se limitan aparentemente a observar que en general nadie niega que el bienestar sea objeto de valoración<sup>56</sup>. Aunque Kaplow y Shavell no ofrecen lo que cualquiera podría considerar como una noción de bienestar, sí ofrecen una imagen general de sus elementos constitutivos<sup>57</sup>. En todo caso existe suficiente contenido en esa imagen como para poder diferenciarla de otras posibles concepciones del bienestar humano, y también para preguntar si el bienestar definido de tal modo llega a ser algo de un valor tal que pueda servir apropiadamente como estándar único para evaluar el Derecho.

En lo que sigue explicaré dos puntos. En primer lugar, en cualquier interpretación posible del bienestar que pueda ser atribuida a Kaplow y Shavell, resulta poco claro cuál es el valor del bienestar. Es todavía menos claro por qué uno podría insistir en que el bienestar así concebido sea el único estándar apropiado para valorar el Derecho. Si estoy en lo correcto, la afirmación central del libro se encuentra completamente desprovista de soporte en los argumentos utilizados en su favor. Más allá de lo anterior, considero que cualquier concepción del bienestar que sea adecuada para explicar su valor sería al mismo tiempo relevante para explicar el significado moral de las consideraciones deónticas y de su aptitud para evaluar el Derecho. Sea lo que sea que hace al bienestar humano apropiado para valorar el Derecho, eso mismo sirve para explicar por qué la evaluación del Derecho en términos de justicia o bienestar es similarmente apropiada. Por ende, sugiero no sólo que la tesis central del libro se encuentra insostenida por los argumentos entregados a su respecto, sino que además, es insostenible.

---

<sup>55</sup> KAPLOW & SHAVELL, *supra* nota 1, 5 n.7, 38-39 & n.48.

<sup>56</sup> No hay espacio para empirismo “relajado” [*casual*]. Un empirismo “relajado” similar permitiría también dar fundamento al valor de la justicia, pues, según sospecho, muy pocos entre nosotros podrían negar que la justicia es valiosa.

<sup>57</sup> Ver KAPLOW & SHAVELL, *supra* nota 1, 18-24, 409-36.

Comencemos con la concepción parcial del bienestar de los autores. En su sistema, los elementos constitutivos del bienestar de una persona son sus preferencias personales<sup>58</sup>. Una persona puede tener bienestar sólo si tiene preferencias que obedezcan a una serie de limitaciones impuestas por la racionalidad. Si una persona tiene una gama de preferencias con respecto a todos los estados sociales posibles, y estas preferencias obedecen a ciertas limitaciones racionales típicas, entonces una persona puede tener bienestar y su bienestar resulta determinado por la satisfacción de sus preferencias. Mientras más satisfechas estén sus preferencias, más bienestar gozará tal persona. La maximización de las preferencias conduce a la maximización de su bienestar (para tal persona).

Los elementos básicos para el bienestar son las preferencias y su satisfacción. Esto lleva a la identificación natural entre bienestar y satisfacción de preferencias. Sin embargo, esta identificación es muy rápida puesto que la noción de satisfacción de preferencias es ambigua al menos en dos sentidos: uno lógico y otro psicológico. En sentido lógico, la satisfacción de las preferencias significa cumplirlas, realizarlas. Para satisfacer las preferencias de Juan, *P*, hay que realizar *P*. Ahora bien, el que las preferencias de una persona se encuentren satisfechas en el sentido lógico es una cosa; que esa persona se encuentre satisfecha en el sentido de experimentar placer, alegría, gozo o gratificación como consecuencia, es otra cosa muy distinta<sup>59</sup>.

Podríamos agregar aquí algo de sustancia a la noción de bienestar de Kaplow y Shavell en dos sentidos distintos, que corresponden a estas dos nociones distintas de satisfacción. En el sentido lógico, la satisfacción del bienestar de una persona es máxima cuando sus deseos son máximamente realizados. Si esto es el bienestar, ¿por qué es el bienestar así definido algo que deba ser valorado? El valor del bienestar en este sentido, no corresponde al valor que normalmente asociamos con la gratificación, el gozo o el placer. Más bien, el valor del bienestar es el valor de ver que las personas obtengan lo que quieren. Y la obtención de lo que se quiere —esto es, tener las preferencias o deseos cumplidos— es valioso en forma independiente de lo que los individuos concretamente quieran, sea que lo que lo que quieran se relacione con el placer, gozo o gratificación por un lado, o con la consternación y el arrepentimiento por el otro. Frecuentemente nos arrepentimos de lo que hemos escogido hacer y de lo que hemos hecho, así como de lo que deseamos hacer y de las acciones que provienen de esos deseos. ¿Qué es lo que resulta tan valioso de ver que los individuos obtengan lo que quieren que hace que el Derecho deba promover el bienestar definido en este sentido, especialmente considerando que lo que los individuos prefieren puede no traerles felicidad o goce, o si lo que ellos quieren puede ser malo para ellos y para los demás?

Por el contrario, si el bienestar es entendido en términos de satisfacción psicológica, entonces no resulta evidente cuál es el valor de satisfacer las preferencias en el sentido lógico. Después de todo, el estado psicológico que deseamos obtener vía comportarnos de acuerdo a nuestras preferencias, algunas veces puede ser logrado sólo mediante la frustración más que la realización de nuestros deseos. De la misma manera, debido a que los individuos pueden obtener gratificación o satisfacción a partir de todo

<sup>58</sup> *Id.*

<sup>59</sup> Una persona puede tener sus preferencias satisfechas —esto es, cumplidas— después de su muerte. Sus preferencias están entonces satisfechas en el sentido lógico, pero esa persona no recibe ninguna satisfacción en el sentido psicológico. Los muertos pueden ser resucitados, pero esto no significa que ellos vayan a ser resucitados teniendo sus preferencias satisfechas en el sentido lógico. Después de todo, esta es una de las consecuencias poco felices de estar muerto.

tipo de actividades que son malas tanto para ellos como para otros, entonces, ¿por qué podría alguien pensar que maximizar la satisfacción en el sentido psicológico debiera ser la finalidad del Derecho?

A pesar que Kaplow y Shavell no ofrecen un recuento general acerca del bienestar, sí entienden el bienestar en términos de satisfacción de las preferencias. Pero la satisfacción de las preferencias es una noción ambigua. Hay una importante diferencia entre satisfacción en el sentido lógico y en el sentido psicológico, y la relación entre ambas concepciones no es sino algo problemático. La satisfacción de las preferencias en sentido lógico no garantiza su satisfacción en sentido psicológico. Y, en el sentido inverso, la satisfacción en el sentido psicológico puede exigir la frustración más que la satisfacción de las preferencias en el sentido lógico. Ninguna de estas dos bases permite concluir que el valor del bienestar es algo obvio. Y su única o distintiva cualidad para evaluar el Derecho permanece en el más total misterio.

No pretendo decir que la gratificación o satisfacción psicológica sea indeseable o de ningún valor. Tampoco estoy sugiriendo que la realización de los deseos propios no sea atractiva o que carezca de valor. En todo caso, cualquiera sea el valor que estos dos tipos de satisfacciones puedan tener, ellas no pueden sobrellevar la carga normativa que Kaplow y Shavell les han puesto encima. Esto por cuanto en opinión de los autores, el bienestar concebido en uno u otro sentido es el único criterio apropiado para determinar las políticas legales, y no así la justicia, que no sirve para tales efectos<sup>60</sup>.

Finalmente, esto nos trae al segundo y más importante punto. Cualquier base posible del bienestar que explique su valor y su aptitud para evaluar el Derecho, también explica el valor de la justicia y su aptitud para evaluar el Derecho. Podemos tener mejores resultados en el intento de entender la naturaleza del bienestar y su valor, si pensamos en el bienestar de un individuo no en términos de sus preferencias, sino en términos de lo que resulta conforme a sus intereses, esto es, no en términos de lo que él desea, sino en términos de lo que es bueno para él. Entre las características distintivas que poseen las personas, cabe destacar que, además de tener preferencias, son agentes planificadores. Pueden formular proyectos y planes, invertir en ellos y ejecutarlos. Pueden formarse visiones acerca de lo que quieren de la vida, y guiar su comportamiento según los planes que hacen, los acuerdos que alcanzan y las normas que regulan sus asuntos con los demás. Esto es parte de lo que significa vivir la propia vida, esto es, de lo que significa que la vida sea “algo que uno hace” y no “algo que a uno le ocurre”.

<sup>60</sup> He oído más de una vez argumentar a proponentes del *law & economics*, y siempre sin arrugarse, en favor de una versión de bienestar o utilitarista de las preferencias, basados en un escepticismo normativo general. Para tales perspectivas, no hay valores objetivos; nada es bueno o malo objetivamente. Todo lo que tenemos son las preferencias o deseos de la gente. El problema aquí es obvio: no se puede tener las cosas en los dos sentidos. No se puede defender el valor normativo de la satisfacción de las preferencias mientras al mismo tiempo se rechaza la objetividad del valor. ¿Cuál es el valor —uno podría preguntar— de satisfacer las preferencias cuando nada tiene valor objetivo? No resulta posible defender argumentos normativos sobre la base de un escepticismo normativo. A veces esta afirmación es debilitada y reformulada como aquella visión que sostiene que las preferencias individuales son normativamente menos controvertidas que las afirmaciones que la justicia puede hacer respecto a lo que nos debemos los unos o a los otros. Pero esto no tiene nada de obvio. Más bien, afirmaría que lo opuesto es lo correcto. Lo que no es misterio para nosotros es que no tenemos ningún derecho para hacer caso omiso a los intereses y derechos de los demás. Lo que sí es un misterio, es por qué, a pesar de esto, le damos un peso tan importante a nuestros propios intereses. Debe haber alguna explicación psicológica que dé cuenta por qué le otorgamos a nuestros intereses un lugar preferencial, pero en todo caso, lo que requiere de una justificación es la prioridad normativa que le otorgamos a nuestros propios deseos. Esta posición es, por decir lo menos, misteriosa, y en cualquier caso, muy controversial moralmente hablando.

Las personas tienen intereses no sólo en lo que desean y en realizar tales deseos, sino también en tener autonomía y seguridad. Están interesados en tener sus deseos realizados y en asegurarse gratificación y placer. También tienen un interés en contribuir al modo en que sus vidas se desarrollan. La capacidad de vivir una vida, y no meramente tener una vida que a uno le ocurre, depende de ser capaz de expresar la propia autonomía y en estar protegido contra las personas que no están preparadas para adecuar su acción a la luz de los intereses de los otros. Por supuesto, cualquier teoría plausible acerca de lo que es valioso para una persona debería incluir la habilidad de actuar sobre la base de las preferencias y deseos propios. Pero esto se debe a que la acción autónoma es valiosa para las personas, entendidas estas últimas como agentes planificadores que tienen una especial relación de propiedad y responsabilidad respecto al modo en que su vida se desarrolla, y no porque dichas personas tengan un gusto especial por la autonomía.

En el contexto de esta breve reseña, no puedo desarrollar esta línea de argumentación en detalle. He dicho un poco más acerca de ello en otros lugares, y opiniones de este tipo son familiares en la literatura más difundida<sup>61</sup>. La idea aquí es que una vez que reconozcamos que el bienestar humano interesa porque dice algo acerca de qué es ser una persona —esto es, ser un agente capaz de vivir una vida propia, donde el cómo esa vida se desarrolla está relacionado con lo que uno hace y no es simplemente función de lo que a uno le ocurre—, es obvio que la misma clase de consideraciones que explican el valor del bienestar explican también nuestras intuiciones deónticas fuertes. Los principios que restringen el alcance en el que podemos satisfacer nuestros propios intereses cuando ello implica no tomar en cuenta el impacto de nuestras acciones sobre los intereses y derechos de otros, expresan un compromiso con este ideal de persona. Grosso modo, podemos pensar en la justicia distributiva en los mismos términos. Tener recursos propios y adecuarlos y disponerlos hacia ciertos fines es una precondition de la vida propia en el sentido de ser ésta algo que uno hace, más que algo que a uno le pasa. Alguien que es completamente víctima de la mala suerte y del infortunio está privado de la capacidad para realizarse a sí mismo o su propia personalidad en el mundo. El bienestar importa porque el respeto propio y la dignidad de las personas importan. Las condiciones del respeto propio y de la dignidad humana nos exigen mitigar nuestras acciones de una manera que tome en cuenta los intereses de los demás y regular nuestra conducta por normas que juzguen entre esos intereses en competencia de una manera justa y equitativa.

Una vez que nos damos cuenta de que el bienestar está conectado a los intereses de una persona —lo que es bueno para ella, y no meramente lo que ella desea, o a su gratificación o disfrute— debería quedar claro que cualquiera sea la base que explique el valor del bienestar, esa base explica también la importancia que el Derecho regule los asuntos humanos de conformidad a diversos principios de justicia y equidad. Es algo acerca de las personas y no acerca de cumplir deseos o satisfacer estados psicológicos lo que hace del bienestar humano algo valioso. Pero sea lo que sea acerca de las personas que hace que la preocupación por el bienestar humano sea un fin valioso, eso mismo hace que la justicia deba regular los asuntos entre las personas. No se trata que la justicia sea un constituyente del bienestar o que el bienestar

<sup>61</sup> Ver, u.g., COLEMAN, *supra* nota 47, 59-63; ARTHUR RIPSTEIN, *EQUALITY, RESPONSIBILITY, AND THE LAW* (1999); Ronald Dworkin, *What Is Equality? Part 1: Equality of Welfare*, 10 *PHILOSOPHY & PUBLIC AFFAIRS* (1981), reprinted in RONALD DWORKIN, *SOVEREIGN VIRTUE* 11 (2000); Ronald Dworkin, *What Is Equality? Part 2: Equality of Resources*, 10 *PHILOSOPHY & PUBLIC AFFAIRS* 283 (1981), reprinted in DWORKIN, *supra*, 65.

sea un constituyente de la justicia. Más bien, ambos son diferentes e importantes reflexiones acerca de la dignidad e importancia de las personas. Cualquier teoría del Derecho que nos dirigiera a evaluar nuestras prácticas considerando sea únicamente la justicia o únicamente el bienestar, lo haría al costo de empobrecer la idea de persona. Al hacerlo, se acusaría a sí misma más de lo que podría hacerlo cualquiera otra crítica, simpatía o divergencia.