

BREVE INTRODUCCIÓN ACERCA DE LOS CRITERIOS DE EFICIENCIA

Nicolás Ignacio Ariel Carrasco Delgado

*Profesor Asistente de Derecho Procesal, Universidad de Chile. Abogado.
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y Magíster en Derecho Económico,
Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Gobierno y Ciencias Políticas,
Universidad Autónoma de Madrid. Becario de Estudios de Doctorado
en el Extranjero, Becas Chile*

RESUMEN: El presente artículo es introductorio respecto del contenido restante de esta obra colectiva. Su objetivo es describir los elementos esenciales de los criterios de eficiencia. También se mencionarán algunas de las críticas que se han formulado a tales criterios. Los criterios de eficiencia que se desarrollan a continuación –criterios paretianos; criterio de minimización de Coase; criterio Kaldor-Hicks y el parámetro de maximización de la riqueza de Posner– serán recurrentes en los distintos artículos que componen este trabajo; por lo mismo, la utilidad de esta sección es ayudar a comprender las referencias que se realizarán a ellos. Finalmente, existe una razón sustantiva para tratar los criterios de eficiencia de manera separada. El motivo es que tales criterios dan contenido al análisis económico del derecho, que constituye el marco teórico de los distintos artículos que conforman este libro, por lo que un tratamiento introductorio es de interés para conocer la línea argumentativa que guía el trabajo que aquí se presenta.

PALABRAS CLAVE: Análisis Económico del Derecho - Derecho Procesal - Eficiencia.

Sumario: *Introducción. 1. Los criterios paretianos de eficiencia (superior de Pareto y óptimo de Pareto). 2. La minimización de costos sociales y el teorema de Coase. 3. Ganadores y Perdedores y el criterio Kaldor-Hicks. 4. El criterio de maximización de la Riqueza de Richard Posner. Conclusiones.*

INTRODUCCIÓN

En este artículo preliminar desarrollaremos los criterios de eficiencia habitualmente utilizados en el análisis económico del derecho. La utilidad de este capítulo es de servir de introducción a ciertos conceptos que serán utilizados de manera recurrente a lo largo de esta obra colectiva. De esta forma, resulta necesario ir familiarizándose con la conceptualización y forma de operar de tales criterios de eficiencia.

Según veremos, el análisis económico del derecho en su perspectiva normativa como positiva adquiere contenido precisamente por medio de los criterios de eficiencia. De esta forma, cuando nos referimos al análisis económico del derecho concretizamos las



referencias a la eficiencia que tal disciplina realiza, por intermedio de los criterios que examinaremos en este capítulo.

Aparte de esta introducción el presente capítulo se organiza de la siguiente manera. En la sección 1 examinaremos los criterios paretianos de superior de Pareto y óptimo de Pareto. Posteriormente, en la sección 2 desarrollaremos el criterio de minimización de costos de Coase. En la sección 3 dedicaremos unas palabras al criterio Kaldor-Hicks, sin perjuicio que su desarrollo con mayor profundidad será efectuado en el capítulo IV de esta obra. El criterio de maximización de la riqueza de Posner será tratado en la sección 4. Finalizaremos este capítulo con las conclusiones.

1. LOS CRITERIOS PARETIANOS DE EFICIENCIA (SUPERIOR DE PARETO Y ÓPTIMO DE PARETO)

Wilfredo Pareto¹ pretendió desarrollar una teoría de la elección social que dejara de lado las valoraciones o juicios de valor al momento de decidir entre las distintas alternativas sociales que pudieran ser elegibles en el marco de una decisión como la judicial.

En tal sentido, y en base a un criterio de unanimidad débil, definió dos conceptos de eficiencia, conocidos como: Pareto Superior (P-S), y Pareto Óptimo (P-O).

Así, una decisión es S-P cuando todo miembro de una comunidad prefiere la situación X a la situación Y, o bien, es indiferente a ambas situaciones, pero prefiere mínimamente la situación X.

Por su parte, estamos en presencia de una situación O-P cuando solo se consigue una mejora para alguien, si transitamos desde una determinada situación social a otra, sin que al menos una persona sufra por tal cambio un perjuicio.

Ahora bien, la pretensión de Pareto en cuanto a eliminar con dichos criterios los juicios de valor existentes al momento de adoptar una decisión en base a ellos, no pudieron ser logrados. En efecto, no existe manera de dotar a una decisión basada en dichos parámetros de la unanimidad o consentimiento que esperaba lograr su autor, ya que, de todas formas, una decisión jurisdiccional es impuesta por un tercero distinto de quienes expresan los intereses objeto del juicio,

¹ Pueden verse: (i) SCHÄFER, HANS-BERND; OTT, CLAUS (2004), *The economic analysis of civil law*, Edward Elgar Publishing Limited, pp. 23-28; (ii) POSNER, RICHARD (1979) *Utilitarianism, Economics, and Legal Theory*, Journal of Legal Studies, vol. 8, N° 1, pp. 103-104.



de manera que igualmente la imposición de la eficiencia resulta en una demostración de poder y coacción.

Adicionalmente, según Ronald Dworkin, la eficiencia paretiana no elimina la existencia de externalidades negativas. Tampoco, agrega Dworkin, dicho criterio debería ser aceptado porque no permitiría diferenciar situaciones de eficiencia frente a muchas situaciones Pareto-Eficiente.²

Por otra parte, Jules Coleman ha desacreditado la posibilidad de fundar los estados P-S en el consentimiento, sobre la base de sostener que si bien es factible sostener que los estados P-S son preferidos a aquellos estados inferiores a él, en un sentido de Pareto, dicha preferencia no significa que sean consentidos, a menos que, indudablemente, la preferencia sea definida en términos de consentimiento; en cuyo caso, no puede justificarse un cambio P-S, en base a dicha unanimidad, precisamente porque el consentimiento al formar parte del concepto no serviría como base moral independiente, por medio del cual valorar el paso a un estado P-S.³

En este mismo sentido, tampoco sería posible establecer el consentimiento como fundamento ético de un estado P-O, sobre todo si consideramos que no existiría ningún estado superior a su formulación, y, en consecuencia, cualquier movimiento o cambio desde un P-O produciría necesariamente, perdedores.

A lo más, entonces, podríamos suponer que los miembros de una sociedad no consentirían en alejarse de dicho estado, mas no tendríamos cómo suponer que aceptarían cualquier cambio desde dicho estado, precisamente porque resulta complejo elaborar una base ética que *ex ante* explique la razón de los perdedores en justificar su nueva condición. Ni tampoco, de dicha suposición tendríamos que aceptar que el movimiento hacia un P-O sea unánimemente acordado.⁴

Con todo, es posible señalar que la utilidad de los criterios paretianos en el contexto procesal se encuentra en los mecanismos auto-compositivos. Tales instrumentos se basan precisamente en el consentimiento de los particulares. De esta forma, en tales instrumentos existe una suposición de racionalidad, según la cual nadie aceptaría un acuerdo que ponga término a un proceso si es que no considerara que el estado social al cual accede por el acuerdo, es mejor que el estado social en el que se encuentra sin el acuerdo.

² DWORKIN, RONALD (1998), "¿Es la riqueza un valor?", Revista Estudios Públicos, N° 69, p. 262.

³ COLEMAN, JULES (2004), "Los Fundamentos del Bienestar", Revista de Derecho y Humanidades, N° 10, p. 24.

⁴ COLEMAN (2004), 24.



2. LA MINIMIZACIÓN DE COSTOS SOCIALES Y EL TEOREMA DE COASE

Coase, en su trabajo titulado: "El problema del costo social",⁵ deja en claro que toda decisión jurídica de asignación de derechos significa un problema dual, ya que al beneficiar a A, se está perjudicando a B, frente a lo cual, y con miras a evitar el mal mayor, debe decidirse si se permite que A dañe a B, o bien que B dañe a A.⁶

La mencionada publicación dio origen al denominado Teorema de Coase,⁷⁻⁸ en virtud del cual, sea cual fuere la asignación inicial específica de los derechos de propiedad, el resultado final será eficiente siempre y cuando la asignación inicial legal se encuentre bien definida y cuando las partes puedan llegar a un acuerdo y aplicarlo sin costo alguno. De esta manera pueden distinguirse dos situaciones, a saber:

a. Dada una situación sin costes de transacción, se podría lograr un

⁵ Véanse (i) COASE, RONALD (1992), "El problema del Costo Social", Revista de Estudios Públicos, N° 45, p. 3, y (ii) BEYER, HARALD (1992), "Ronald Coase y su contribución a la teoría de la economía y del derecho", Revista de Estudios Públicos, N° 45, p. 12.

⁶ Ronald Coase expresa explicando la naturaleza dual de las decisiones jurídicas y económicas: "El enfoque tradicional ha tendido a obscurecer la naturaleza de la elección que encierra. El problema se formula comúnmente como uno en el que A ocasiona daño a B y lo que tiene que decidirse es: ¿Cómo se puede restringir a A? Pero esto es erróneo. Estamos tratando un caso de naturaleza recíproca. Evitar daño a B infligiría un perjuicio a A. La cuestión real que debe decidirse es: ¿Debe permitirse que A dañe a B o que B dañe a A? La cuestión es evitar el daño mayor. Usé un ejemplo en mi artículo anterior que consistía en el caso de un *panadero* cuya maquinaria, con sus ruidos y vibraciones perturbaba el trabajo de un médico. Evitar daños al médico ocasionaría perjuicios al panadero. El problema presentado en este caso era básicamente si se valoraban más, como resultado de restringir los métodos de producción del panadero, los mayores servicios del médico cuyo costo es una oferta reducida del producto del panadero. Otro ejemplo es el del ganado que se desbanda y destruye los sembrados de campos vecinos. Si es inevitable que algunos animales se dispersen, un incremento de la oferta de carne solo puede obtenerse a expensas de una disminución de la oferta de granos. La naturaleza de la elección es clara: carne o granos", COASE (1992), 3.

⁷ En este sentido revisar (i) AIVAZIAN, VANOUJ; CALLEN, JEFFREY; LIPNOWSKIL, IRWIN (1978), *The Coase Theorem and Coalitional Stability*, Economica, New Series, vol. 54, N° 216, pp. 517-520; (ii) HAHNEL, ROBIN y SHEERAN, KRISTEN (2009), "Misinterpreting the Coase Theorem", Journal of Economic Issues, vol. 43, N° 1, pp. 215-237; (iii) ANDERLINI, LUCA y FELLI, LEONARDO (2006), *Transaction Cost and the Robustness of the Coase Theorem*, The Economic Journal, vol. 116, N° 508, pp. 223-245.

⁸ En cuanto a la aplicación del Teorema de Coase en relación con los costes de transacción, véase POLINSKY, MITCHELL (1985), *Introducción al análisis económico del derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, pp. 23-26.

resultado eficiente con independencia de la norma o decisión judicial atributiva del derecho elegida, y

- b. Dada una situación en que hay costes de transacción, la solución eficiente no puede lograrse con independencia de la norma jurídica o decisión judicial elegida, por lo tanto, será preferible aquella norma o decisión que reduzca al mínimo los efectos de los costes de transacción.

De esta forma, el objetivo de tal Teorema es que al momento de valorar los escenarios alternativos de una decisión, en términos de beneficios y perjuicios (asunto de naturaleza dual), respecto de ambas partes, tendamos a la reducción de la suma de los costos implicados. En la medida que logremos lo anterior, aumentaremos la suma de los beneficios netos. De seguir el mencionado Teorema, el Derecho estaría equilibrando los intereses de ambas partes, en cuanto a balancear las pérdidas producidas por el daño y los costos de prevenirlos, llegando a una situación de óptimo y de eficiencia.⁹

En otras palabras, lo que se plantea por Coase supone un problema en donde se vinculan dos extremos: los objetivos sociales y las preferencias individuales. La manera de esclarecer cómo dichos objetivos y preferencias van a jugar en definitiva, viene dada por la eficiencia. En efecto, en miras a ella, se decide un problema particular, y al mismo tiempo se resuelve un asunto que compete a toda la comunidad, ya que por medio de la sentencia, se buscará alcanzar mayores niveles de bienestar social. No por nada, el acto de adjudicación de derechos debe tender a constituirse en la manifestación, por antonomasia, de la perspectiva normativa del análisis económico del derecho.¹⁰

Se han cuestionado los dos supuestos del Teorema de Coase. En este sentido se cuestiona el primer supuesto del Teorema, toda vez que la situación normal es que existan costos de transacciones. Dichos costos afectan la procedencia del primer supuesto debido a que en presencia de costos de transacción los bienes no transitan hacia aquellos que le asignan un mejor valor, sino que subsisten en poder de quienes fueron asignados inicialmente, de forma que esa asignación inicial se transforma en definitiva.¹¹ Además, los costos de transacción que genera este resultado corresponden a las

⁹ CARRASCO, NICOLÁS (2012), *Análisis Económico de las Medidas Cautelares Civiles*, Abeledo Perrot, Santiago, pp. 32-33.

¹⁰ CARRASCO (2012), 32-33.

¹¹ En este sentido, POSNER, RICHARD (1998), "Utilitarismo, economía y teoría del Derecho", *Revista Estudios Públicos*, N° 69, p. 214.



dificultades de identificación de las partes relevantes –aquella a la que se le asignó inicialmente el derecho, como asimismo, aquella que valora de mejor manera el derecho–, así como también, a los gastos de negociación y transacción involucrados en el traspaso del bien, siempre que existan preferencias no monetarias asociadas a la posesión del bien respectivo (por ejemplo, si la persona a quien se le asignó inicialmente el derecho, le otorga al mismo un alto valor afectivo, aunque su precio de mercado sea bajo).

Adicionalmente el primer supuesto no considera como es debido la existencia de las externalidades. En este sentido, Coleman en un artículo titulado “Efficiency, Exchange and Auction: Philosophic Aspects of the Economic Approach to Law”,¹² señala que solo es posible alcanzar una asignación eficiente de recursos en términos de Coase, en casos que nos encontremos en presencia de una economía completamente competitiva y que el precio de los bienes se encuentre exento de externalidades.¹³⁻¹⁴ Sin embargo, Coase entiende que incluso en presencia de externalidades ello no es problemático para la procedencia de su primer supuesto, en un contexto de racionalidad, información perfecta e inexistencia de costos de transacción, ya que los intervinientes de la actividad respectiva podrán internalizar esas externalidades. Con todo, dicha internalización no podrá ser llevada a cabo en la generalidad de los casos, porque las externalidades que según Coase son internalizadas entre los participantes –el costo social de uno se compensa con el costo social del otro–, por medio de la negociación que llevan a cabo –tendiente a asignar el derecho a la parte que más lo valora–, no son causalmente recíprocos, de forma que no se compensan el uno al otro, y cada uno de tales daños genera un efecto en cadena respecto de mercados diversos de aquellos que están involucrados en la negociación –externalidades.

Otra crítica al Teorema de Coase, fundamentalmente aplicable al segundo supuesto, surge de la justificación que se necesita para aceptar un criterio que supone la existencia de ganadores y perde-

¹² COLEMAN, JULES (1980), *Efficiency, Exchange, and Auction: Philosophic Aspects of the Economic Approach to Law*, California Law Review, vol. 68, N° 2, *Symposium: The Jurisprudence and Social Policy Program*, pp. 221-249.

¹³ COLEMAN (1980), 229-230.

¹⁴ Entendiendo por externalidades aquellos efectos externos que son producidos por una actividad y que influyen en la producción de bienes o servicios, o bien, influyen en el bienestar o utilidades de otros individuos. Estos efectos pueden ser beneficiosos (externalidades positivas) o dañosos (externalidades negativas). Las externalidades negativas generan ineficiencias por medio de costos sociales que repercuten en una producción ineficiente o en una distribución no óptima de recursos.

dores, sobre la base de la aplicación de una razón de eficiencia. En este sentido, la pregunta que debemos hacernos, es ¿Por qué las personas deberían aceptar ser regidas en una disputa judicial por un criterio que maximice el bienestar social? ¿Por qué las personas deberían renunciar a una decisión basada exclusivamente en las consideraciones del caso concreto?¹⁵

En este sentido, el fundamento de la crítica se encontraría en la naturaleza utilitarista del Teorema de Coase. En este sentido, la “injusticia” que devela esa crítica provendría del hecho que el Teorema nada dice acerca de las particularidades de cada una de las posiciones de las partes, salvo en lo referente a los costos que producen. Jules Coleman señala expresamente que la cuestión que preocupa a Coase, no es qué actividad causa el daño, sino qué daño debe ser permitido.¹⁶ De esta forma, al no decir nada Coase acerca de las especiales consideraciones de cada parte litigante —y de los fundamentos que sostienen—, entonces, está promoviendo una decisión con completa ignorancia de las utilidades reales de cada uno de los litigantes. Tales utilidades no son susceptibles de comparación, debido a que el proceso no otorga una estructura necesaria para realizar tal comparación interpersonal de utilidades, y dada dicha constatación, desaparecen las razones para aceptar un criterio de eficiencia utilitarista.¹⁷

3. GANADORES Y PERDEDORES Y EL CRITERIO DE KALDOR-HICKS

Ahora bien, con miras a dar sentido de realidad a la eficiencia —dadas las imposibilidades de la unanimidad—, es que Nicholas Kaldor¹⁸ formuló una regla de decisión de elección social que pretendía elegir entre dos situaciones en base a un criterio que significara una mejoría a Pareto.

En este sentido, propuso lo siguiente: Un estado de cosas, X, es eficiente en términos de Kaldor, a otro estado de cosas, Z, si después de moverse de Z a X, los ganadores pueden compensar a los perde-

¹⁵ COLEMAN (2004), 20-25.

¹⁶ COLEMAN (1980), 235.

¹⁷ Incluso, un criterio utilitarista solo podría comparar diferencias de utilidad y no niveles de utilidad, de forma que la evaluación de costos de oportunidad será limitada en el proceso. En este sentido, SEN, AMARTYA (1976), *Elección colectiva y bienestar social*, Alianza Editorial, Madrid, p. 179.

¹⁸ KALDOR, NICHOLAS (1939), “*Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility*”, *The Economic Journal*, vol. 49, N° 195, pp. 549-552.



dores. En consecuencia, de acuerdo a tal criterio, y a diferencia de Pareto, existen perdedores y ganadores. La manera de operar del mismo, supone que el sujeto a quien le corresponde decidir acerca de la elección de un determinado estado de cosas, debe poner en práctica aquella situación que generando perdedores, haga posible una indemnización potencial por parte de los ganadores a favor de los perdedores, y no por ello, los primeros dejan de perder su calidad de ganadores.

Dicho criterio supone una compensación potencial a favor de los perjudicados. No se necesita que dicha compensación potencial se traduzca en una indemnización real y efectiva.¹⁹ Adicionalmente, al incluir los conceptos de perdedores y ganadores, reingresa las dificultades que Pareto pretendió dejar de lado (regla unánime de decisión).

El desarrollo conceptual de este criterio y la crítica a su formulación proveniente de la paradoja de Scitovsky se desarrollará con mayor profundidad en el capítulo IV de esta obra colectiva.

4. EL CRITERIO DE MAXIMIZACIÓN DE LA RIQUEZA DE RICHARD POSNER

Richard Posner reformuló los criterios de eficiencia que se han descrito (Pareto y Kaldor-Hicks), en su libro *Analysis Economic of Law* cuya primera edición es de 1973.²⁰ En el mencionado libro aceptó el hecho que el mejor estado social corresponde al de óptimo de Pareto. Adicionalmente, cuestiona el criterio de S-P, sobre la base de que no es posible desprender de dicho concepto una situación de óptimo. También señala que tampoco es posible inferir de un criterio P-S un incremento en la utilidad que pueda justificar alguna indemnización a favor de los perjudicados, siquiera potencial, por lo que tampoco satisface el baremo Kaldor-Hicks.²¹

¹⁹ La posibilidad de esta compensación dependerá, entre otros factores, del estado de distribución de riqueza anterior. En efecto, si los ganadores son personas pobres, y su ganancia es en términos relativos mayor a su riqueza inicial, entonces la compensación de existir generará que dichas personas pasen a ser perdedores, produciéndose una pérdida social neta.

²⁰ POSNER (1992), 11-15.

²¹ En este sentido, Roemer, cuando expresa: "Apoyándose en la esencia de la idea de compensación potencial de Kaldor-Hicks, Posner analiza el derecho desde el concepto de eficiencia. Sin embargo, al abandonar el criterio de superioridad de Pareto, socava cualquier posibilidad de recurrir en el análisis económico a una fundamentación utilitarista. Mientras se desprende de los hechos que P es superior

También cuestiona el criterio de Kaldor-Hicks, en cuanto a que este último *test*, no puede servir como índice de utilidad precisamente porque se encuentra afecto a la paradoja de Scitovsky y al ser intransitivo no se puede conocer el estado social (X o Y) que contenga más utilidad total. Asimismo, siendo distintos estados sociales eficientes al mismo tiempo, no es posible efectuar un análisis según el mismo criterio Kaldor-Hicks.²²

Con posterioridad, Posner en la segunda edición de su libro en 1977, expresa su concepto de eficiencia denominado: “De maximización de la riqueza”, el que pretende evitar los problemas de utilitarismos, referidos a la comparación interpersonal de utilidades y los límites de la utilidad como criterio de elección social. Lo anterior, lo busca solucionar sobre la base de establecer que su principio persigue la eficiencia basado en la predisposición a pagar por los derechos que tienen las personas en el mercado. La riqueza sería el valor de todo lo que existe en una sociedad expresado en dólares o en moneda equivalente. Y se mide por lo que la gente se encuentra dispuesta a pagar por ello, o bien, por lo que solicitaría para desprenderse de lo que posee.²³ En este sentido, los derechos se desplazarían a quienes les otorguen mayor valor, ya que ellos estarían dispuestos a desembolsar mayores recursos para obtenerlos.

Con tal principio, Posner evita la comparación interpersonal de intereses, porque el valor de los dólares resulta susceptible de comparación, a diferencia de lo que ocurre con la utilidad, que es valuada por cada persona. Asimismo, fija límites al objeto de la maximización ya que solamente serían susceptibles del mencionado fin, aquello que tenga presencia en el mercado.

Paralelamente y en segundo lugar, critica las bases del utilitarismo,²⁴ expresando que la búsqueda de la maximización total de la

en términos de Pareto a Q, que P incrementa la utilidad respecto a Q, no se desprende de los hechos que P es óptimo según Pareto y que implique un incremento en la utilidad total sobre el anterior estado de cosas con el que bien puede no ser comparable en términos de Pareto; ni tampoco podemos inferir de la satisfacción del criterio Kaldor-Hicks que haya habido un incremento de utilidad”, ROEMER, ANDRÉS (1994), *Introducción al análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, p. 28.

²² SCITOVSKY, TIBOR (1949), “A note on Welfare Propositions in Economics”, *Review of Economics Studies*, T. 9, pp. 77-88.

²³ POSNER, RICHARD (1979), “Some uses and Abuses of Economics in Law”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 46, N° 2, pp. 291-300.

²⁴ Véase POSNER, RICHARD (1980), “The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication”, *Hofstra Law Review*, vol. 8, pp. 487-507.



felicidad o de la satisfacción en el mundo supone dejar a grupos de personas en la miseria, por lo que es necesario encontrar un nuevo fundamento ético a la eficiencia, más allá de generar la mayor cantidad de utilidad posible.

Con lo expresado, Posner pretende justificar su principio en la autonomía de las personas, en cuanto ellas unánime y libremente adherirán a un criterio de elección social que incremente o maximice la riqueza. Sobre las referidas bases, expresa que el consentimiento daría lugar a una compensación *ex ante*, ya que los individuos convendrían en la maximización de la riqueza para establecer las reglas de adjudicación de sus derechos. Por tanto, la explicación además de filosófica sería económica, ya que la forma de compensación sería menos costosa al existir menores costos asociados e iniciales, en comparación con aquellos sistemas en donde existe compensación *ex post*.

Kornhauser en su ensayo *A Guide to the Perplexed Claims of Efficiency in the Law*, publicado el año 1980, dedica su crítica a la maximización del bienestar —la que denomina reclamo normativo fuerte—, desde dos perspectivas.

Primeramente, y con fines aclaratorios, demuestra que el estado de maximización de bienestar resulta en un concepto diverso de la forma en que los economistas entienden la eficiencia asignativa y la eficiencia productiva. En este sentido, nos invita a considerar el siguiente ejemplo. En una economía simple donde solamente se producen 100 unidades de 2 productos (limones y peras), y en donde solamente existen 2 personas (A y B), en términos que cada uno de ellos desea tener la misma cantidad de los dos bienes (en proporción 50%-50%). Ahora bien, supongamos que en la economía en cuestión se producen 50 peras y 50 limones (combinación X), en donde el precio de los limones y peras será igual a \$ 10. El bienestar de tal economía en la combinación X es de: \$ 1000. Supongamos ahora que la economía produce 49 limones y 51 peras (combinación Y), el precio de cada limón es de \$ 12, y el de las peras será \$ 8,50, por cada una. Luego, el bienestar de la economía debería ser \$ 1021,50. El criterio de maximización del bienestar debería dictar la opción de combinación de Y antes que la combinación X. Sin embargo, la eficiencia asignativa determinaría la necesidad de elegir la opción del estado social X, debido a que ella respeta la distribución de los bienes de acuerdo a las preferencias de los sujetos. Por lo mismo, el concepto de maximización del bienestar no se asemejaría al de eficiencia asignativa.²⁵

²⁵ KORNHAUSER, LEWIS (1980), "A Guide to the Perplexed Claims of Efficiency in the Law", *Hofstra Law Review*, vol. 8 N° 3, pp. 594-595.

Kornhauser señala que también el concepto de maximización del bienestar se diferenciaría de la eficiencia productiva. En este sentido señala que la maximización del bienestar asigna un mayor valor a estados productivamente ineficientes en relación a estados productivamente eficientes. Considerar el ejemplo de la misma economía anterior que es capaz de producir 100 unidades de dos bienes (limones y peras). Se agrega una nueva combinación de bienes, la combinación Z, donde se producen 25 limones y 70 peras a precios de \$ 30 y \$ 5, respectivamente. Lo anterior es ineficiente porque al menos 5 limones o 5 peras adicionales podrían ser producidas a ningún costo adicional. En este caso el bienestar del estado Z es de \$ 1,100, que excede el bienestar de los estados X (\$ 1.000) e Y (\$ 1021,50). De esta forma, la maximización del bienestar nos sugeriría aceptar el estado social Z, que resulta más ineficiente productivamente que los estados sociales X e Y. Adicionalmente, dicho estado social Z es más ineficiente asignativamente que X.²⁶

Una vez aclarado que la maximización del bienestar no encuentra un respaldo en los conceptos tradicionales de eficiencia de la economía, Kornhauser nos señala como segunda crítica al planteamiento de Posner, que tal criterio solo da respuesta adecuada a los cuestionamientos del utilitarismo clásico referidos a la posibilidad de efectuar comparaciones interpersonales de preferencias de carácter cardinal, toda vez que la maximización del bienestar considera el precio de los bienes intercambiables, de forma que ellos al reflejar un valor, hacen posible esas comparaciones (esto es, permitiría afirmar que se prefiere X a Y, tanto como afirmar que se prefiere X al doble de Y). Con lo anterior, soslaya también las dificultades del utilitarismo clásico en lo referente a la medición de la utilidad, que en el caso del criterio de maximización se refieren a la medición de la riqueza.²⁷

Con todo, el criterio de maximización de Posner dejaría sin respuesta adecuada otros problemas relevantes del utilitarismo clásico. Así, en primer lugar, no resuelve la cuestión ética de la agregación de placer, ya que para la maximización del bienestar los individuos solamente son canales o ubicaciones para el aumento de la riqueza, de forma que no valora a las personas como entes por sí mismos capaces de agregar bienestar a la sociedad en razón de experiencias o actividades no valorables en dinero, sino que sólo en razón de la agregación de riqueza (lo que para el utilitarismo era la agregación de placer).²⁸

²⁶ KORNHAUSER (1980), 596-597.

²⁷ KORNHAUSER (1980), 599.

²⁸ KORNHAUSER (1980), 600.



Adicionalmente, como un símil al utilitarismo clásico que busca aumentar la felicidad total, a la maximización del bienestar le interesa maximizar la riqueza total, sin considerar que ello se haga a costa de un gran número de personas que vivan en la miseria.²⁹

Más allá de las referidas críticas, podemos indicar que existen ámbitos de aplicación de utilidad del criterio de eficiencia de Posner. En este sentido, las reglas de subasta y asignación de bienes en un proceso buscan que los activos en cuestión vayan a manos de quienes están dispuestos a pagar un mayor precio por tales bienes. En esos supuestos, evidentemente, la eficiencia entendida en términos de Posner, juega un rol fundamental.

CONCLUSIONES

De acuerdo a lo desarrollado en este capítulo introductorio en relación a los criterios de eficiencia podemos alcanzar las siguientes conclusiones:

- El análisis económico del derecho en su perspectiva normativa como positiva adquiere contenido precisamente por medio de los criterios de eficiencia. De esta forma, cuando nos referimos al análisis económico del derecho concretizamos las referencias a la eficiencia que tal disciplina realiza, por intermedio de los criterios examinados en este capítulo.
- Wilfredo Pareto pretendió desarrollar una teoría de la elección social que dejara de lado las valoraciones o juicios de valor al momento de decidir entre las distintas alternativas sociales que pudieran ser elegibles en el marco de una decisión, como la judicial. En tal lógica se encuadran los criterios de superior de Pareto y de óptimo de Pareto. Sin embargo, tal pretensión no pudo ser lograda, fundamentalmente porque el concepto de preferencia en que se fundan tales criterios no supone consentimiento, y asimismo, porque tales criterios no logran eliminar la existencia de externalidades. Con todo, podemos utilizar los aportes de Pareto en el derecho procesal en materia de salidas auto-compositivas.
- Coase busca la generación de una pauta de elección social que persiga minimizar los costos sociales envueltos en toda disputa. Por medio de la elección que reduzca tales costos se podrá alcanzar un resultado óptimo que asigne los bienes a quienes más lo valoran.

²⁹ KORNHAUSER (1980), 602.

Tal criterio emana del Teorema de Coase, el que ha sido objeto de críticas en dos de sus postulados. Respecto de las objeciones al primer postulado, las mismas van encaminadas a cuestionar que un mundo sin costos de transacción resulta irrealista; en cuanto a la objeción del segundo postulado, se sostiene que el autor no advierte las consecuencias negativas, ni busca solucionarlas, de la generación de ganadores y perdedores.

- El criterio Kaldor-Hicks sincera alguna de las posiciones anteriores. En este sentido, no pretende alcanzar una unanimidad como Pareto. La idea detrás de tal criterio es permitir el paso a un nuevo estado social siempre que los ganadores puedan potencialmente compensar a los perdedores, y en el caso que exista tal compensación, los primeros puedan seguir siendo ganadores. Se persigue, por tanto, la generación de un nuevo estado social que produzca mayor cantidad de riqueza. Los cuestionamientos a este criterio vienen dados por la existencia de la paradoja de Scitovsky, según la cual, dos estados sociales pueden ser al mismo tiempo eficientes según Kaldor-Hicks. El desarrollo de este criterio, y de la crítica mencionada, se dejará para el capítulo IV de esta obra colectiva.
- Finalmente, el criterio de maximización de la riqueza de Posner, persigue sobre bases económicas y filosóficas, formular un criterio que permita el desplazamiento de los bienes a manos que aquellos que estén dispuestos a pagar una mayor cantidad de dinero para obtenerlos. La riqueza sería todo lo que existe en el mercado, medida en términos monetarios, y la disposición a pagar se calcularía por lo que las personas estarían dispuestas a desembolsar por adquirir tales bienes, o bien, por desprenderse de ellos. Posner señala que tal criterio resultaría aceptable por todos los sujetos que intervienen en el mercado en base a un consentimiento *ex ante*. Las críticas a este criterio provienen del hecho de su separación de los conceptos tradicionales de eficiencia para la economía (eficiencia asignativa y productiva), así como, del cuestionamiento de sus fundamentos utilitaristas, los que a pesar del esfuerzo del autor por superarlos, no habrían sido soslayados completamente.

LISTADO BIBLIOGRÁFICO

- AIVAZIAN, VANOUJ; CALLEN, JEFFREY; LIPNOWSKIL, IRWIN (1978), "*The Coase Theorem and Coalitional Stability*", *Economica*, New Series, vol. 54, N° 216.
- ANDERLINI, LUCA y FELLI, LEONARDO (2006), "*Transaction Cost and the Robustness of the Coase Theorem*", *The Economic Journal*, vol. 116, N° 508.



- BEYER, HARALD (1992), "*Ronald Coase y su contribución a la teoría de la economía y del derecho*", Revista de Estudios Públicos, N° 45.
- CARRASCO, NICOLÁS (2012), *Análisis Económico de las Medidas Cautelares Civiles*, Abeledo Perrot, Santiago.
- COASE, RONALD (1992), "El problema del Costo Social", Revista de Estudios Públicos, N° 45.
- COLEMAN, JULES (1980), "*Efficiency, Exchange, and Auction: Philosophic Aspects of the Economic Approach to Law*", California Law Review, vol. 68, N° 2, Symposium: The Jurisprudence and Social Policy Program.
- (2004), "Los Fundamentos del Bienestar", Revista de Derecho y Humanidades, N° 10.
- DWORKIN, RONALD (1998), "¿Es la riqueza un valor?", Revista Estudios Públicos, N° 69.
- HAHNEL, ROBIN y SHEERAN, KRISTEN (2009), "*Misinterpreting the Coase Theorem*", Journal of Economic Issues, vol. 43, N° 1.
- KALDOR, NICHOLAS (1939), "*Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility*", The Economic Journal, vol. 49, N° 195.
- KORNHAUSER, LEWIS (1980), "*A Guide to the Perplexed Claims of Efficiency in the Law*", Hofstra Law Review, vol. 8 N° 3.
- POLINSKY, MITCHELL (1985), *Introducción al análisis económico del derecho*, Editorial Ariel, Barcelona.
- POSNER, RICHARD (1979), "*Utilitarianism, Economics, and Legal Theory*", Journal of Legal Studies, vol. 8, N° 1.
- (1979), "*Some uses and Abuses of Economics in Law*", The University of Chicago Law Review, vol. 46, N° 2.
- (1980), "*The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*", Hofstra Law Review, vol. 8.
- (1998), "Utilitarismo, economía y teoría del Derecho", Revista Estudios Públicos, N° 69.
- ROEMER, ANDRÉS (1994), *Introducción al análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México.
- SCHÄFER, HANS-BERND; OTT, CLAUS (2004), *The economic analysis of civil law*, Edward Elgar Publishing Limited.
- SCITOVSKY, TIBOR (1949), "*A note on Welfare Propositions in Economics*", Review of Economics Studies, T. 9.
- SEN, AMARTYA (1976), *Elección colectiva y bienestar social*, Alianza Editorial, Madrid.

