

## EFICACIA E INALIENABILIDAD

**E**n dos trabajos recientes -uno de los cuales, de hecho, está incluido en este mismo volumen- Liborio Hierro ha expuesto y valorado críticamente los fundamentos normativos en los que descansan las dos principales corrientes o tendencias que cabe diferenciar dentro de ese movimiento general al que solemos referirnos como «análisis económico del derecho», que pueden ser identificadas, respectivamente, con las figuras emblemáticas de Posner y Calabresi (Hierro, 1993; Hierro, 1994). Como comparto sustancialmente los lúcidos análisis de Hierro, el hecho de que se encuentren disponibles para el lector me permite ahora plantear con considerable economía expositiva el problema del que pretendo ocuparme, sin necesidad de reproducir las abundantes referencias bibliográficas que esos dos trabajos contienen y dando por sobrentendidas las discusiones de las que allí se da cuenta.

Según creo, el balance que esas discusiones arrojan es el siguiente. La tesis más fuerte o radical, la posneriana, según la cual el principio de eficiencia (o de «maximización de la riqueza») constituye un ideal completo y plausible de justicia que debe guiar la producción del derecho (entendiendo por tal tanto la producción primaria o legislativa como la producción secundaria que se desarrolla en sede jurisdiccional al resolver casos difíciles) resulta insostenible, en la medida en que tropieza -como mínimo- con dos escollos que me parecen insuperables. El primero de ellos es el problema de la asignación inicial. Qué cuenta como «riqueza» depende de lo que la gente desea y esto depende a su vez -al menos en parte- de lo que la gente tiene. Por lo tanto la maximización de la riqueza siempre es relativa a unos puntos de partida dados, que no son sino formas posibles de asignar titularidad sobre bienes o recursos de todo tipo. Si ahora preguntamos qué principio ha de guiar esa asignación inicial, la respuesta no puede ser -so pena de circularidad- que el propio

principio de eficiencia, porque sencillamente no hay manera de asignar los puntos de partida de un modo tal que se maximice aquello que sólo puede ser definido una vez asignados los puntos de partida. Por el contrario, si se responde -como me parece obligado- que la asignación inicial ha de estar guiada por algún principio distinto del de eficiencia, entonces ya no es posible mantener que éste constituye ideal *completo* de justicia. El segundo escollo consiste en argumentar persuasivamente el valor de la eficiencia. Y después de años de discusión entre Posner y sus críticos, no parece que el primero haya conseguido articular un argumento convincente en favor de la tesis de que la maximización de la riqueza, con absoluta independencia de cómo esté distribuida, constituye un valor en sí misma (y no meramente instrumental para alguna otra cosa, tal como la maximización de la utilidad, el bienestar, etc., en cuyo caso habría que abandonar igualmente la pretensión de que es el principio de eficiencia el que constituye un ideal *completo y plausible* de justicia).

Aunque sé que aquí he prescindido de muchos detalles no desdeñables, me parece que éstos son resultados firmes acerca de los cuáles no es fructífero seguir discutiendo. Menos aún desde que el propio Posner ha reconocido que esta tesis fuerte o radical es insostenible<sup>1</sup>. Por eso no es de extrañar que entre los partidarios del análisis económico del derecho -y muy especialmente entre sus partidarios europeos- se detecte en los últimos tiempos una mayor aceptación general de la tesis moderada de Calabresi<sup>2</sup>. Sintéticamente, lo que sostiene esa tesis moderada es que la eficiencia es un ingrediente de la idea de justicia, una condición -por decirlo con los términos que ha usado Calsamiglia<sup>3</sup>- necesaria pero no suficiente de una sociedad justa. Yo simpatizo abiertamente con esta idea. Pero entiendo que hasta tanto no quede articulada con detalle esa teoría compleja de la justicia de la que la eficiencia sería un ingrediente -y me parece claro que en el momento presente no lo está-, el programa del análisis económico del derecho *en tanto que teoría normativa* queda paralizado<sup>4</sup>. Quien, como Calabresi, sostiene que la equidad o justicia distributiva

---

<sup>1</sup> Vid. Posner, 1985. 101 (el principio de maximización de la riqueza es «una guía incompleta para la toma de decisiones sociales»); Posner, 1990. 31 («al instar solo un papel limitado para la maximización de la riqueza, este libro modifica algunas de mis opiniones publicadas anteriormente»), 387 (la maximización de la riqueza «es más instrumental que fundamental»).

<sup>2</sup> Cfr. Minda, 1989, 605-06. Sobre la preponderancia en Europa de este punto de vista moderado, vid. Mercado Pacheco, 1994, 167-73, especialmente 171.

<sup>3</sup> Calsamiglia, 1987, 270-71, 279, 286-87; 1988, 305. 335; 1989, 126, 150.

<sup>4</sup> Se podrá, sin duda, hacer análisis predictivos acerca de las consecuencias esperables de la edición de una norma, lo que ciertamente es de la mayor utilidad a la hora de determinar si es o no probable que se consigan en la realidad los objetivos que se persiguen al dictarla. Pero ese análisis no proporciona criterios para elegir

es «una especie de veto o límite de lo que puede hacerse para lograr la reducción del coste» (Calabresi, 1984, 323) no proporciona en verdad ningún criterio para la producción (legislativa o jurisdiccional) del derecho a menos que sea capaz de explicar con detalle cuándo y por qué ha de interponerse ese veto.

Este es el contexto que me interesaba dejar a la vista como trasfondo. Lo que me propongo discutir aquí es la validez de un argumento según el cual existe una vía rápida para superar la paralización a la que, en mi opinión, conduciría por el momento la aceptación última de esta tesis moderada o calabresiana. El argumento en cuestión es el siguiente. Aceptar que el diseño de una sociedad justa debe buscar alguna clase de compromiso, transacción o combinación entre eficiencia y justicia distributiva, cualquiera que sea la forma en que se conciba, no tiene por qué implicar que esa combinación deba buscarse *en el seno de cada institución* que un sistema jurídico regula. Debe buscarla el derecho en su conjunto, no necesariamente cada una de sus partes. El derecho privado -continúa el argumento- puede promover la eficiencia. Pero no puede -o, si es que puede, no debe- promover la justicia distributiva. Por consiguiente la producción (legislativa o jurisdiccional) del derecho privado debe estar -y además, según quienes sostienen esta tesis, cabe sostener plausiblemente que está<sup>5</sup>- exclusivamente guiada por el *principio de eficiencia*. No porque, como el Posner original, se piense que eso es lo único valioso, sino porque se entiende que el sistema jurídico deberá introducir *en otro lugar* las correcciones redistributivas necesarias para que, en *conjunto*, se alcance la combinación eficiencia-justicia distributiva que en verdad es valiosa. Lo que se postula, en definitiva, es un *principio de división de funciones* entre diferentes sectores del derecho, con arreglo al cual al derecho privado le corresponde exclusivamente la promoción de la eficiencia. Y entonces -concluiría el argumento-, en el *ámbito del derecho privado* (y sólo en él) el

---

(que naturalmente es lo que busca una teoría normativa): sólo clarifica efectos alternativos entre los cuales hemos de elegir.

<sup>5</sup> Lo que se quiere decir con ello no es que el legislador haya dictado el derecho privado guiado conscientemente por el propósito de promover la eficiencia, sino que el principio de eficiencia puede ser defendido como la mejor justificación global posible del derecho privado tal y como realmente está configurado. Esa afirmación sería compatible con el reconocimiento de que algunas normas vigentes configuran soluciones distintas de las que habría dictado el seguimiento coherente del principio de eficiencia, esto es, con el reconocimiento, por decirlo en los términos de Dworkin (Dworkin, 1977. 121 ss.), de «errores institucionales» desde el punto de vista de la justificación que se propone. Lo que sostiene la tesis expuesta es que no hay ninguna justificación global alternativa del derecho privado vigente que obligue a reconocer menos «errores institucionales» y que por consiguiente pueda ser presentada como una reconstrucción preferible de su sentido.

análisis económico del derecho como genuina teoría normativa condensada en el principio de eficiencia tiene vía libre para desarrollarse, sin que deba paralizarlo en absoluto el hecho de que aún no contemos con una idea clara acerca de cómo se configura esa teoría global de la justicia de la que la eficiencia sería un ingrediente<sup>6</sup>.

Quienes postulan este argumento no son muy precisos en cuanto a qué entienden exactamente por «derecho privado». Pero si hay dos áreas que indiscutiblemente pertenecen a ese campo y de las que además el análisis económico del derecho se ha ocupado intensamente, éstas son los contratos y la responsabilidad civil extracontractual. Aquí voy a tratar de poner a prueba la validez del argumento expuesto sólo en lo que se refiere a la primera de ellas. Su validez en cuanto a la segunda pasa por el análisis de problemas diferenciados -en particular, qué sentido pueda darse a la noción de «justicia correctiva»- que deben quedar para otra ocasión. Comenzaré, por tanto, exponiendo con más detalle las razones que se alegan para defender la idea de que el principio de eficiencia debe guiar en exclusiva la configuración e interpretación del derecho contractual.

### **1. La función económica del derecho contractual**

Lo primero que hay que aclarar es en qué sentido el derecho contractual puede promover la eficiencia. Siguiendo una línea de argumentación muy utilizada (vid., por ejemplo, Schäffer y Ott, 1991, 260-61; Coleman, 1992, 105 ss.), imaginemos para empezar cuál sería la situación de dos agentes racionales que *en estado de naturaleza* percibieran la posibilidad de realizar un intercambio mutuamente ventajoso. El problema obvio con el que tropezarían es que la situación en que se hallan tiene la estructura del dilema del prisionero, así que el intercambio eficiente no tendrá lugar -es decir, los recursos no podrán desplazarse hacia sus usos más valorados- a menos que el entorno pueda ser manipulado de modo que para cada una de las partes deje de ser lo más ventajoso la defección oportunista después de haber recibido la prestación de la otra. Esto no quiere decir que en ausencia de derecho contractual las partes no puedan crear por sí mismas salvaguardias frente al incumplimiento unilateral y, por lo tanto, no puedan realizar intercambios mutuamente ventajosos. Pero para hacerlo necesitan consumir recursos propios -porque constituir esas salvaguardias tiene un coste-, de manera que no

---

<sup>6</sup> Reconstruida libremente, creo que ésta es una sustancia la idea que defiende Polinsky, 1985, 125-131. Y es ciertamente la que desde hace dos años propugna Cándido Paz-Ares (cfr. Paz-Ares, 1985, 10; 1994).

podrán tener lugar aquellos intercambios en los que la ganancia conjunta sea inferior al monto de recursos propios que las partes deberían consumir para prevenirse recíprocamente frente al oportunismo. Por lo tanto, un primer sentido en el que el derecho contractual promueve la eficiencia consiste en proporcionar a las partes las salvaguardias frente al incumplimiento que necesitan para proceder racionalmente al intercambio, evitándoles la disipación de recursos propios -o lo que es lo mismo, ahorrándoles costes de transacción- y facilitando por consiguiente intercambios eficientes que de otro modo no podrían tener lugar.

Ahora bien, el fallo contractual (entendiendo por tal la pérdida de oportunidades existentes para maximizar la ganancia conjunta a través de un intercambio) puede tener lugar no sólo en forma de ausencia de contrato, sino también en forma de contrato parcial o incompleto. Los contratos asignan riesgos, es decir, imputan a una u otra parte los costes derivados de eventualidades o contingencias asociadas a su ejecución. Un contrato completo o perfecto sería entonces el que contemplara cualquier contingencia pensable e imputara claramente el riesgo correspondiente (Schäffer y Ott, 1991, 261 ss., Coleman, 1992, 164 ss.). Obviamente ningún contrato real puede ser completo o perfecto, porque en la práctica es imposible prever todas las contingencias imaginables (y aun cuando fuera posible, podría ser económicamente irracional hacerlo). Así que, cuando las partes no han asignado *ex ante* un riesgo y este se materializa, hay que decidir *ex post* a quien corresponde soportarlo.

Al tomar esa decisión, es decir, al elegir normas de derecho *dispositivo* que colmen las lagunas de regulación de las partes, nos encontramos con el segundo sentido en el que se alega que el derecho contractual puede promover la eficiencia. Para entender por qué, volvamos a ese ideal que representa el contrato perfecto. Dos contratantes perfectamente racionales, que dispusieran por igual de todas las informaciones relevantes -lo que excluye cualquier forma de engaño-, que no encontraran obstáculos -en forma de amenazas, incluida la influencia del poder monopolista- para hacer valer sus propias preferencias en relación a la celebración y el contenido del contrato y que negociaran en ausencia de costes de transacción imputarían *todos* los riesgos imaginables y además los imputarían de una forma determinada: haciendo que los asumiera quien en cada caso pudiera evitarlos, asegurarlos o gobernarlos con un coste más reducido<sup>7</sup>. Y lo harían así por una razón muy simple: porque

---

<sup>7</sup> La cuestión de cómo imputarían los riesgos las partes ideales de un contrato perfecto resultan extraordinariamente compleja y ha dado lugar a una abundantísima literatura. El análisis habría de tomar en cuenta variables tales como el carácter evitable o inevitable del riesgo: si el riesgo es inevitable, la existencia o no de la posibi-

ese es el modo en que se maximiza su ganancia conjunta. Como se ve, no se trata más que de una sencilla aplicación del teorema de Coase. Si un riesgo se hubiese imputado a aquél para quien es más costoso gobernarlo, el sobreprecio que éste exigiría a cambio de asumirlo sería mayor que el coste que para la otra parte representaría asumirlo él, así que ambos encontrarían beneficioso modificar la asignación del riesgo. En suma, tal y como ha sido definido, decir que un contrato perfecto es eficiente es una mera tautología. Volvamos ahora a los contratos reales y por tanto incompletos. Los costes de transacción han impedido a las partes diseñar un contrato perfecto. Pero si, respecto a contingencias no previstas, se hace valer *ex post* entre las partes los términos del acuerdo al que habrían llegado de no mediar costes de transacción -es decir, los términos que *habrían acordado ex ante* en un contrato perfecto-, lo que se está haciendo, de hecho, es hacer valer entre ellos la solución eficiente. El derecho contractual, en definitiva, puede promover la eficiencia no sólo proporcionando a las partes salvaguardias frente al incumplimiento, sino también diseñando sus normas dispositivas a partir del modelo del contrato perfecto.

## 2. Derecho contractual y justicia distributiva

Una vez mostrado cómo puede el derecho contractual promover la eficiencia, el siguiente paso del argumento que quiero someter a examen ha de consistir en justificar por qué no se podría -o debería- usar *también* el derecho contractual como instrumento para promover la justicia distributiva. Después de todo, si se acepta en último término que una sociedad justa debe buscar un cierto compromiso entre eficiencia y justicia distributiva, ¿por qué diseñar las normas que regulan los intercambios privados sin prestar atención al modo en que afecten a la distribución de la riqueza? ¿por qué sostener que la redistribución debe llevarse a cabo *sólo* por otras vías (fundamentalmente impuestos y prestaciones sociales) y no *también* mediante la regulación imperativa de los términos en que las partes pueden contratar?

La primera línea de respuesta a estas preguntas es la que insiste en la *ineptitud funcional* del derecho contractual para la redistribución.

---

lidad de asegurarlo (con el problema añadido del llamado «riesgo moral» [*moral hazard*] que complica considerablemente el análisis cuando una es la parte que puede evitar el riesgo al menor coste y otra la que puede asegurarlo al menor coste); y si no existen mercados de seguro respecto de ese riesgo, cuáles son respectivamente las posibilidades de advertir y calibrar el riesgo de cada una de las partes. Pero el desarrollo de todas estas complicaciones resulta aquí innecesario. Sobre todo ello, vid. Schäffer y Ott, 1991, 264-275.

En síntesis, lo que se sostiene es que el derecho contractual no *puede* conseguir objetivos redistributivos, porque cuando se imponen imperativamente ciertos términos a las partes que negocian, dado que éstas siguen siendo en cualquier caso las que determinan si contratan o no y a qué precio lo hacen, la imposición de términos contractuales que por razones distributivas tratan de beneficiar a una de las partes tendrá el efecto real de que o bien aumentará para ella el precio del bien que es objeto del contrato (en la medida en que se traslada al precio el incremento de coste que supone para la otra parte soportar la carga que se le impone) o bien se reducirá la oferta agregada del mismo (en la medida en que el incremento de coste reduzca las oportunidades de negocio), con el resultado, en cualquier caso, de que no se ha beneficiado -y quizá, incluso, se ha perjudicado- a quien se pretendía beneficiar, de que el objetivo redistributivo, en suma, queda frustrado<sup>8</sup>.

Este argumento debe ser tomado en serio, ya que desde luego es irracional adoptar un mecanismo redistributivo que realmente no beneficie a sus presuntos beneficiarios. Con todo, no está claro que el argumento sea concluyente. Parece más bien, como ha señalado Kennedy (Kennedy, 1982, 604-14), que el efecto real que haya de tener la imposición de términos contractuales con fines redistributivos dependerá en cada caso de los rasgos estructurales que posea el mercado para el bien de que se trate (fundamentalmente, del grado de elasticidad de las curvas de oferta y demanda para ese bien y de la posibilidad que, por la escasez de su número, puedan tener sus ofertantes o demandantes de influir en su precio)<sup>9</sup>, de manera que no parece posible determinar a priori, sino sólo tras un análisis económico cuidadoso y caso por caso, si los objetivos redistributivos que se persiguen están o no llamados a frustrarse<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Cfr. Polinsky, 1985, 125-27. El argumento también está expuesto en forma muy clara -si bien para criticarlo a continuación- en Kronman, 1980, 506; y Kennedy, 1982, 604.

<sup>9</sup> Cfr. Kennedy, 1982, 610-12, donde se describen varias clases de situaciones en las que, por el modo en que están estructuradas desde el punto de vista económico, una regulación contractual imperativa diseñada con fines redistributivos podría realmente conseguir su objetivo (aun reconociendo abiertamente que en alguna de esas situaciones el beneficio global para una clase de sujetos solo se obtiene al precio de perjudicar seriamente a una subclase de ellos -ibíd., 613- y que, en otros muchos contextos, el intento de conseguir objetivos redistributivos mediante el derecho contractual resulta manifiestamente contraproducente: ibíd., 612).

<sup>10</sup> Kronman apunta además que también la redistribución vía impuestos puede ver frustrados sus objetivos (porque el sujeto gravado por el impuesto puede repercutirlo) y que, en cualquier caso, redistribuir la renta vía impuestos implica unos importantes costes administrativos -en general mayores que los que implica hacer valer una regulación contractual imperativa- que han de ser computados a la hora de decidir si es mejor, en las circunstancias concretas de cada caso, utilizar una u otra

Aceptemos por tanto que al menos en algunos casos -sean muchos o pocos, importantes o marginales- el derecho contractual puede ser un instrumento capaz de conseguir objetivos redistributivos. Frente a ello, la estrategia argumental desplegada por quienes sostienen la tesis general que estoy examinando se completa alegando que, incluso si es verdad que -en algunos casos- *puede*, el derecho contractual *no debe* ser usado como instrumento redistributivo. Existen sin embargo diferentes modos de justificar por qué no se debería hacerlo. Uno de ellos -y a mi juicio no el más convincente- ha sido defendido por Rawls. Lo que Rawls sostiene, en esencia, es que los principios de la justicia distributiva deben informar el diseño de la estructura básica de la sociedad, no el de las reglas que, dentro del marco que es definido por la estructura básica, gobiernan las transacciones privadas entre los individuos. Por supuesto esas transacciones pueden ir produciendo alteraciones de la distribución justa. Pero para Rawls la vía correcta para restaurarla es la que pasa por el sistema de impuestos y subsidios, no por el enderezamiento hacia ese fin del derecho contractual, que debería tener un mero papel facilitador -excluyendo la coacción y reduciendo los costes de transacción- que deje a los individuos libres de perseguir sus propios fines a través de transacciones voluntarias con otros. En suma, lo que se alega es que utilizar el derecho contractual para conseguir una distribución justa representaría una intrusión ilegítima en el derecho de los individuos a perseguir su propia concepción de lo bueno (Rawls, 1971, 87-88, 274-79; 1978, 54-55, 65).

Sin embargo, como ha sostenido Kronman (1980, 504-505), el argumento parece poco convincente. La impresión de que una regulación contractual imperativa diseñada con fines redistributivos tiene un efecto intrusivo mayor que el que pueda tener verse gravado por impuestos se sustenta sólo en la imagen de un sistema impositivo que renuncia -quizá por buenas razones de orden práctico- a gravar cualquier forma de riqueza distinta de la renta monetaria. Pero si se piensa, como dicen Calabresi y Melamed (1983, 47), que «en una sociedad que da a Taney el derecho a hacer ruido y que obliga a Marshall a comprar el silencio de Taney, Taney es más rico y

---

vía (la regulación imperativa de los términos del contrato o la redistribución vía impuestos) puede ver frustrados sus objetivos (porque el sujeto gravado por el impuesto puede repercutirlo) y que, en cualquier caso, redistribuir la renta vía impuestos implica unos importantes costes administrativos -en general mayores que los que implica hacer valer una regulación contractual imperativa- que han de ser computados a la hora de decidir si es mejor, en las circunstancias concretas de cada caso, utilizar una u otra vía (la regulación imperativa de los términos del contrato o la redistribución a través de impuestos y subsidios), o alguna combinación de ambas, para conseguir una distribución justa (Kronman, 1980, 505-09).



Marshall más pobre de lo que cada uno de ellos sería en una sociedad que hubiese atribuido los derechos a la inversa», entonces o bien postulamos un sistema impositivo que opera selectivamente sólo sobre algunas formas de riqueza, de manera que puede mediar una importante diferencia entre sus efectos y lo que se considera la distribución ideal, a menos que -inevitablemente- dicho sistema se complemente con alguna clase de regulación contractual imperativa; o bien, si se grava cualquier forma de riqueza (entendida en este sentido amplio), es más que discutible que un sistema impositivo semejante resulte menos intrusivo que una regulación contractual imperativa con fines redistributivos.

Hay, no obstante, un argumento distinto en favor de la idea de que el derecho contractual no debe usarse con fines redistributivos que sí me parece más convincente. Es el que insiste (como hace, p. ej., Trebilcock, 1993, 98, 100-101) en que un mecanismo redistributivo apropiado debe beneficiar a todos los que se encuentran peor de como deberían estar según la pauta distributiva que se considera ideal; y debe hacerlo a costa de todos los que se encuentran mejor de como deberían estar según el esquema distributivo propugnado (y la cuantía en la que debe beneficiar a cada uno de los primeros e imponer cargas a cada uno de los segundos debe depender precisamente de lo por debajo o lo por encima que, respectivamente, esté cada cual respecto a dicha pauta ideal). Y es muy difícil que una regulación contractual imperativa con fines redistributivos se acerque a la satisfacción de estos requisitos: restringe la imposición de las cargas de la redistribución (y la concesión de sus beneficios) a aquellos en los que se dé la circunstancia de verse envueltos en un determinado tipo de transacción; y esta circunstancia no parece suficientemente significativa como para justificar semejante restricción. En suma, parece que hay al menos una razón para defender la idea de que, incluso si se puede, el derecho contractual no debe ser usado con fines redistributivos.

### **3. La justificación económica de las reglas de inalienabilidad**

Ya sabemos de qué modo el derecho contractual puede promover la eficiencia y por qué se piensa que no puede -o, si puede, no debe- ser utilizado como instrumento redistributivo. Pero para mantener la tesis de que la configuración e interpretación del derecho contractual debe estar guiada únicamente por el principio de eficiencia hace falta una tercera pieza. Antes de establecer las consecuencias del incumplimiento del contrato y antes de seleccionar normas de derecho dispositivo que cubran las lagunas de regulación de las partes,

todo derecho contractual debe especificar qué acuerdos son vinculantes y cuáles no, es decir, debe definir el ámbito de los acuerdos permisibles o, si se quiere, trazar los límites de la libertad contractual. Naturalmente ha de hacerlo con normas que no admitan ser desplazadas por el acuerdo en contrario de las partes, esto es, con lo que solemos llamar -en contraposición a las normas de derecho dispositivo- normas de derecho imperativo. Como estas normas constituyen un elemento necesario de todo derecho contractual, quien mantenga que la configuración e interpretación de éste debe estar guiada sólo por el principio de eficiencia tiene que explicar de qué manera dicho principio opera una selección plausible de las normas imperativas que limitan el ámbito de los acuerdos vinculantes. Dicho de otro modo: ya que, en los términos de la conocida clasificación tripartita de Calabresi y Melamed (1983, 44-45), esas normas imperativas son normas de *inalienabilidad*<sup>11</sup>, la tarea pendiente para quien defienda la tesis general que aquí estoy examinando consiste en proporcionar una justificación económica satisfactoria de las reglas de inalienabilidad.

---

<sup>11</sup> Debe tenerse en cuenta que, en el sentido en que empleo aquí la noción de «reglas de inalienabilidad», éstas no son sólo las que establecen que determinados derechos -los «derechos inalienables»- son intransferibles en cualesquiera circunstancias, sino también las que establecen, respecto a algunos o incluso respecto a *cualesquiera derechos*, su intransferibilidad en determinadas circunstancias.

Creo que la idea central de inalienabilidad como intransferibilidad o indisponibilidad sirve, por otra parte, para disipar la confusión que suele rodear al concepto de derechos inalienables. Aquí puede resultar útil acudir a las categorías hohfeldianas: si decimos que X tiene *inmunidad* frente a Y cuando Y carece de la *potestad* de alterar la estructura de derechos y deberes de X, me parece que el modo más claro de definir un derecho inalienable -o la inalienabilidad de un derecho en determinadas circunstancias- consiste en decir que su titular tiene, respecto a ese derecho -o respecto a un derecho en esas circunstancias-, *inmunidad frente a sí mismo* (en un sentido similar, vid. Kuflik, 1986, Barnett, 1986, 185; Laporta, 1987, 44).

Algunas definiciones conocidas de la idea de inalienabilidad son más amplias o más estrechas que ésta. Son más amplias, por ejemplo, todas aquellas que incluyen en la idea de inalienabilidad de un derecho la inmunidad *frente a terceros*, es decir, la ausencia de potestad por parte de cualquiera para privar del derecho a su titular (vid. Meyers, 1985, 9. y Thomson, 1990, 283; en contra de esa extensión del concepto, vid. McConnell, 1984, 29; y Martínez Pujalte, 1992, 90). O las que entienden que un derecho inalienable es aquel del que su titular no se puede desprender, no sólo en el sentido de que no puede cambiar su propia posición normativa mediante la activación de una *potestad*, sino también en el sentido de que no puede perderlo mediante la comisión de un *ilícito* (Meyers, 1985, 9; Thomson, 1990, 284; en contra, Feinberg, 1978, 111-112; McConnell, 1984, 28; Barnett, 1986, 186).

Es más estrecha, sin embargo, la que proponen Calabresi y Melamed (1983, 44-45) al afirmar que un derecho está protegido por una regla de inalienabilidad cuando *su venta* está prohibida bajo algunas o bajo cualesquiera circunstancias. Pero naturalmente hay otras formas de transferir derechos distintas de su transmisión a título oneroso; y a veces lo que se le niega al titular es la potestad de transferir un derecho

Desde la óptica del principio de eficiencia, una regla de inalienabilidad puede justificarse como el mecanismo más eficiente, bajo ciertas condiciones, para evitar transacciones ineficientes, bien en relación con las partes, bien en relación con terceros (Rose-Ackerman, 1985, 938-40, 969; Epstein, 1985). Una transacción sería ineficiente entre las partes cuando al menos una de ellas no haya estado en condiciones de reconocer y hacer valer sus auténticas preferencias -ya sea por deficiencias cognitivas, ya porque su voluntad se ha visto constreñida-, de manera que haya prestado su consentimiento a un intercambio respecto del cual no es cierto (ni tan siquiera *ex ante*) que mejore la situación de al menos una de las partes y no empeore la de ninguna de ellas. Una transacción sería ineficiente en relación con terceros cuando, aun siendo eficiente entre las partes, produzca externalidades negativas (de modo que no sea cierto que la transacción no empeora la situación de nadie).

Ahora hay que aclarar qué quiere decir que una regla de inalienabilidad se justifica como el mecanismo más eficiente, bajo ciertas condiciones, para evitar transacciones ineficientes. Comencemos por las transacciones ineficientes en relación a las partes. Las funciones de utilidad de los individuos son inescrutables: lo único transparente son sus comportamientos. Cuando un individuo consiente en realizar

---

a título oneroso). Como ha señalado Susan Rose-Ackerman (1985, 933-937), no se ha de perder de vista que, respecto de un derecho determinado, muchas reglas de inalienabilidad pueden ser *parciales*, esto es, pueden excluir sólo ciertos modos de transferibilidad, o sólo en relación con cierta clase de sujetos o sólo en determinadas circunstancias.

Con todo, creo que la mayor fuente de confusión es la que surge de la relación entre las ideas de inalienabilidad y renunciabilidad. Utilizando la esclarecedora terminología de Hierro (1982, 57), cuando estamos en presencia de un derecho discrecional activo (a hacer X) o no activo (a que otro haga u omita X), una cosa es *ejercer* la propia discrecionalidad de un cierto modo (por ejemplo: optando en el caso del derecho discrecional activo por no hacer X; o autorizando a otro, en el caso del derecho discrecional no activo, a que no haga u omita X) y otra muy distinta disponer del derecho mismo (ya sea renunciando a él, ya transfiriéndolo a otro) de modo *que se deje de tener* aquella discrecionalidad. Que el derecho sea inalienable implica que no se puede hacer lo segundo, no que no se pueda hacer lo primero (en cuyo caso no estaríamos ante un derecho discrecional inalienable, sino ante un derecho *no discrecional*). La diferencia es sustancial: quien, ejerciendo un derecho discrecional pasivo autoriza a otro a que no haga u omita X puede *revocar* esa autorización, puesto que en todo momento retiene su derecho -y, en uso del mismo, decide ahora ejercer *de otro modo* su discrecionalidad-; quien renuncia al derecho o lo transfiere a otro, por el contrario, *ha perdido irrevocablemente* la discrecionalidad (vid. Feinberg, 1978, 114-118). Con todo, la diferencia puede tornarse borrosa cuando -como sucede con el derecho a la vida, si es que se concibe como derecho discrecional- la autorización a otro para que haga aquello que se tendría derecho a exigir que no hiciera pueda implicar la posibilidad *material* de revocación ulterior: sobre ello, vid. McConnell, 1984, 37-39; Martínez Pujalte, 1992, 89-90.

una transacción, se supone que sus preferencias *se revelan* en el contrato: es decir, se supone que por lo que podemos inferir que un sujeto prefiere el resultado del intercambio al *statu quo ante* es precisamente porque consiente en que el intercambio tenga lugar. Naturalmente esa inferencia es incorrecta si ese consentimiento ha sido el producto de deficiencias cognitivas o de constricciones a su voluntad. Ahora bien, cuando un individuo lamenta *ex post* haber prestado *ex ante* su consentimiento -informado y no constreñido- a una transacción (porque las circunstancias han cambiado, porque ciertas expectativas no se han visto satisfechas, etc.), obviamente tiene un incentivo para alegar que en el momento de consentir no pudo reconocer y hacer valer sus verdaderas preferencias. Determinar en cada caso si eso es cierto o constituye una mera conducta estratégica puede resultar muy costoso. Pero si se constata que en las transacciones en las que concurre la circunstancia X *suele* ser cierto, un razonamiento en términos de eficiencia puede conducir a la adopción de una regla de inalienabilidad, es decir, a considerar en bloque no vinculantes *todas* las transacciones de ese tipo X. Esta es efectivamente la solución eficiente si al adoptar la regla de inalienabilidad se evitan unos costes -los costes administrativos de intentar distinguir caso por caso qué transacciones de ese tipo son eficientes y cuáles no, más los que representaría dar erróneamente validez a algunas transacciones del tipo X que en realidad sean ineficientes-, que excedan de los costes en que se incurre al negar validez a las transacciones del tipo X que son a pesar de ello eficientes (Epstein, 1985, 990). Y eso es exactamente lo que significa que una regla de inalienabilidad se justifica como el mecanismo más eficiente, bajo ciertas condiciones, para evitar transacciones ineficientes.

Las mismas consideraciones pueden aplicarse a las transacciones ineficientes en relación con terceros. Si cierta clase de transacciones suele producir externalidades negativas y el cálculo de costes responde al esquema que se acaba de presentar, el principio de eficiencia recomendaría nuevamente la adopción de una regla de inalienabilidad. En suma, quien sostenga que la producción del derecho contractual ha de estar guiada exclusivamente por el principio de eficiencia sólo puede reconocer como justificadas aquellas reglas de inalienabilidad que cumplan la condición de ser, en las circunstancias que realmente concurren, el mecanismo más eficiente para evitar transacciones ineficientes entre las partes o en relación con terceros (y naturalmente quien mantenga que el derecho contractual vigente está guiado exclusivamente por el principio de eficiencia tiene que poder ofrecer una justificación en estos términos de cada una de sus reglas de inalienabilidad).

Ahora tenemos completo y a la vista el argumento que pretendo someter a examen: excluida como imposible -o como indebida- la persecución de objetivos redistributivos, el principio de eficiencia debe guiar en solitario la producción del derecho contractual tanto imperativo como dispositivo. Ha llegado ya el momento de enjuiciarlo críticamente.

#### 4. Eficiencia y derecho contractual imperativo

Todo derecho contractual debe especificar como cuestión previa qué bienes y servicios pueden ser objeto de contrato, lo que es tanto como decir qué bienes y servicios acepta que sean asignados a través del mercado y cuáles no. Con frecuencia esa delimitación queda expresada sólo en forma de cláusula general, cuyo contenido debe ser precisado en sede jurisdiccional<sup>12</sup>. Por lo tanto, una teoría normativa acerca de la configuración e interpretación del derecho contractual que se pretenda completa tiene que comenzar ofreciendo un criterio de delimitación de los bienes y servicios que pueden ser asignados a través del mercado.

No parece fácil imaginar de qué modo podría el principio de eficiencia cumplir ese cometido. La delimitación de aquello que se admite que sea asignado a través del mercado parece una idea lógicamente anterior a la entrada en juego de un cálculo eficientista, no algo que pueda ser determinado a resultas de éste. No obstante, los partidarios de la idea de que el principio de eficiencia puede y debe guiar en solitario la producción del derecho contractual suelen rechazar esa conclusión acudiendo al concepto de «externalidad moral». Si el mero hecho de que se realice cierta clase de transacción ofende seriamente las convicciones morales de terceros, entonces podría afirmarse que éstos han sido dañados, que la transacción ha producido, en relación con ellos, una externalidad negativa. No habría podido constituir, por tanto, una mejora en términos paretianos. Y posiblemente tampoco en términos de Kaldor-Hicks, si es que los costes sufridos por terceros exceden de los beneficios obtenidos por las partes en la transacción. Aplicando un típico razonamiento coaseano, si esto último es cierto la «externalidad moral» podría superarse en la medida en que los terceros pagaran a las partes para que no

---

<sup>12</sup> Es lo que ocurre, por ejemplo, con el art. 1271 CC, que establece en su primer inciso que «Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras»; y en su inciso tercero, que «Pueden igualmente ser objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres».

realizaran esa clase de transacciones. Pero como esta solución está impedida por los elevadísimos costes de transacción que implica -y como se supone que una regla de responsabilidad tampoco resulta operativa por la imposibilidad práctica de cuantificar una compensación apropiada-, la solución que dictaría el principio de eficiencia sería precisamente la adopción de una regla de inalienabilidad que negara validez a esa clase de transacciones<sup>13</sup>. De este modo, el concepto de «externalidad moral» proporcionaría un criterio de delimitación de los bienes y servicios que pueden ser objeto de contrato sin dar entrada a ningún valor extraño que perturbara el primado del principio de eficiencia.

Esta tesis, sin embargo, me parece inaceptable. Por descontado, conduce a un mayoritarismo moral que debe repugnar a cualquier partidario de una ética de la autonomía individual<sup>14</sup>. Pero además (como apunta Nino, 1992, 368) distorsiona profundamente las ideas mismas de justicia y de eficiencia al meter juntas, en el cálculo eficientista, las preferencias *personales* de los individuos y sus preferencias *externas*<sup>15</sup>. El cálculo de eficiencia sólo tiene sentido cuando computa preferencias personales; mientras que la postulación del principio de eficiencia como normativamente correcto representa ella misma una preferencia externa, que, como cualquier otra de esa clase, no se deja integrar en un cálculo de maximización junto con otras preferencias externas rivales. Esa diferencia de planos es pasada por alto cuando se acude al criterio de las «externalidades morales», con el resultado paradójico de que éste podría devorarse a sí mismo (como ocurriría si el hecho de que se siguiera dicho criterio para determinar qué bienes y servicios pueden ser lícitamente objeto de contrato ofendiera seriamente convicciones morales de terceros y supusiera por tanto para ellos una externalidad moral). En suma, entiendo que para delimitar qué bienes y servicios pueden ser objeto de contrato hay que acudir necesariamente a criterios valorativos *distintos* del principio de eficiencia. Y ello implica que por lo menos

---

<sup>13</sup> Un planteamiento de este tipo -aunque empleando no la expresión «externalidad moral», sino la de «moralismos»- puede encontrarse en Calabresi y Melamed, 1983, 63-64. Debe observarse, no obstante, que para Calabresi y Melamed ésta es sólo una de las razones que pueden justificar la elección de una regla de inalienabilidad y que, por lo tanto, no pueden ser considerados en modo alguno defensores del argumento general acerca de las «externalidades morales» que se acaba de exponer.

<sup>14</sup> Vid. una crítica de este tipo en Radin, 1987, 1865-66; y Trebilcock, 1993, 251.

<sup>15</sup> Cfr. Dworkin, 1977, 234. Para Dworkin, una preferencia personal es la que tiene un sujeto por su propio disfrute de ciertos bienes, mientras que una preferencia externa es la que tiene un sujeto por una determinada asignación de bienes a otros.

una parte del derecho contractual imperativo *no puede* estar basada meramente en él.

Hay otros elementos necesarios del derecho contractual imperativo que sí pueden basarse en el principio de eficiencia, pero falta por demostrar que *deban* hacerlo. La introducción de esta idea, además, debe hacernos reflexionar sobre los distintos sentidos en los que se maneja el concepto de eficiencia y lo ambiguos que, por lo tanto, pueden ser los argumentos que hacen uso de él. Antes señalé que por lo que se supone que un sujeto prefiere el resultado de un intercambio al *statu quo ante* es porque consiente en que el intercambio tenga lugar; pero que esa suposición carece de fundamento si la voluntad del sujeto se ha visto constreñida o su consentimiento se ha basado en una información imperfecta. El problema radica en que, en el mundo real, todas las elecciones parecen en alguna medida constreñidas -siquiera sea por la circunstancia ineliminable de la escasez- y nunca se maneja información perfecta en sentido estricto. Así que, a la hora de determinar qué transacciones son válidas y cuáles no -que es lo que ha de hacer el derecho contractual imperativo-, tenemos que manejar algún criterio que precise qué cuenta como voluntariedad e información *suficientes*<sup>16</sup>.

El concepto paretiano de eficiencia no puede responder satisfactoriamente a esa demanda. Como señala Trebilcock (1993, 103), si cada vez que un sujeto impugna la validez de un contrato que ha suscrito -presumiblemente porque *ex post* no le parece tan beneficioso como le pareció *ex ante*- el criterio para determinar si la voluntariedad e información que mediaron fueron suficientes es que *ex post* las partes perciban la transacción que han hecho como una mejora de Pareto, entonces ningún contrato impugnado es válido. Alternativamente, si el criterio es que la percibieran como tal *ex ante*, entonces apenas es posible invalidar contrato alguno por información insuficiente; y por voluntariedad insuficiente, prácticamente sólo aquéllos casos límite en los que, más que volición constreñida, no hay volición en absoluto.

El criterio de Kaldor-Hicks, en cambio, sí que puede ofrecer una respuesta a la pregunta de qué haya de entenderse por voluntariedad e información suficientes. Lo que está por ver es que sea la respuesta más adecuada. Al enfrentarse con diferentes casos de elección constreñida (supuestos en los que una parte crea y explota un riesgo para la otra; en que no lo crea, pero lo explota; en que explota, sin haberla creado, una situación de necesidad extrema de la otra parte, etc.) o de información imperfecta (asimétrica -ya consista en el error de una parte inducido o no evitado por la otra, en la no revelación por

---

<sup>16</sup> En este punto me apoyo decididamente en el análisis de Trebilcock, 1993.

una parte de la información que posee a la otra, etc.- o simétrica), la aplicación del criterio Kaldor-Hicks llevaría a preguntarse qué reglas definitorias de cuáles de esas transacciones son válidas crean a largo plazo los incentivos más adecuados para que esa clase de contratantes en transacciones futuras adopten comportamientos maximizadores de la riqueza social o agregada, independientemente de lo que ello represente para los intereses de las partes en la transacción concreta cuya validez se está decidiendo.

Pero en ese caso aquel que considere que sus deficiencias informativas o las constricciones que rodeaban su elección fueron *explotadas* por la otra parte para sacar *ventaja* de él y que, sin embargo, ve como la transacción en la que ha sido parte se considera válida en aplicación del criterio descrito, podría preguntar, creo que con plena legitimidad, si no se le está *utilizando como medio* en aras de la promoción de un bien colectivo, es decir, si no se están violando los derechos que al entrar en una transacción con otro tiene frente a él. Si ahora se le contesta que no, porque esos derechos no son más que los que resultan de aplicar el criterio Kaldor-Hicks, la réplica evidente es que esa contestación incurre en una petición de principio. Plantearse qué derechos deben reconocerse a una parte frente a la otra en una transacción -es decir, qué ventajas les está permitido explotar a quienes entablan relaciones contractuales y cuáles no- es abrir el debate normativo general, en el que el principio de eficiencia tiene que competir con muy serios rivales y no puede pretender ser la única voz. Dicho con otras palabras: el problema de articular una teoría de la justicia de la que la eficiencia es un ingrediente, que se había pretendido soslayar en el ámbito del derecho contractual -y, más en general, del derecho privado- rebrota con fuerza en su propia médula, en sus propias reglas constitutivas. Por todo ello, creo que ha de sostenerse que el derecho contractual imperativo en algún caso no puede y en otros no se ha justificado que deba estar guiado exclusivamente por el principio de eficiencia.

### **5. Eficiencia y derecho contractual dispositivo**

Podría pensarse, sin embargo, que carecería de sentido basar la elección del derecho contractual dispositivo -es decir, de un derecho que las partes pueden dejar a un lado con su pacto- en algún criterio distinto del de eficiencia. No obstante, alguna reflexión suplementaria sobre la idea -presentada anteriormente- del contrato completo o perfecto (el que, en condiciones ideales, habrían elaborado *ex ante* las partes) puede llevarnos a matizar esa impresión.

Al construir el modelo del «contrato perfecto» -que es, naturalmente, el resultado de una negociación hipotética- se nos presentan



problemas de contenido y de justificación: es decir, tenemos que decidir qué características atribuimos a las partes, lo que naturalmente determinará el resultado al que lleguen, y tenemos que justificar por qué ese resultado es el que debería cubrir las lagunas de regulación que han dejado las partes de la transacción real (Charny, 1991, 1816-17). Ahora bien, cuando se dice -como suele hacerse- que se ha de hacer valer entre las partes la solución a la que ellos habrían llegado en circunstancias ideales que, entre otras cosas, incluyen información completa y perfecta, parece claro (como ha señalado Waldron, 1994, 1473) que ese resultado es *redistributivo* con respecto a la situación real en que la información está desigualmente repartida. La información es un recurso, una forma de riqueza, que determina el poder de negociación de cada parte. Por eso, obviamente no tiene por qué ser cierto que si las partes hubieran asignado explícitamente un riesgo con el poder de negociación que cada una realmente tenía lo habrían hecho del mismo modo que si ambos hubiesen tenido información completa y perfecta.

Ahora la pregunta relevante es por qué debe ser el modelo del contrato perfecto, tal como ha sido descrito, el que guíe *ex post* la decisión acerca de cómo asignar el coste que representa la materialización de un riesgo no atribuido *ex ante*. La respuesta usual (porque es eso lo eficiente) no toma en cuenta la diversidad de conceptos de eficiencia. El contrato perfecto, por definición, es eficiente en sentido paretiano entre las partes ideales de la negociación hipotética. Pero lo que impide a las partes llegar a ese resultado (como han señalado Ayres y Gertner, 1989) no tiene por qué ser sólo los costes de la propia actividad de contratar, sino que también puede ser el comportamiento estratégico de una de ellas, que, en determinadas circunstancias, puede estar interesada en ocultar a la otra una información que aumentaría su ganancia conjunta -y ahorraría gastos socialmente improductivos- pero a costa de disminuir su parte de esa ganancia. En esas condiciones, la selección de la regla dispositiva eficiente no pasa simplemente por acudir al modelo del contrato perfecto, sino que, al contrario, puede consistir precisamente en seleccionar la regla que las partes *no habrían elegido*, precisamente para que quien oculta la información tenga un incentivo para revelarla y excluir con el subsiguiente pacto en contrario aquella regla dispositiva «penalizadora». Y la selección del derecho dispositivo desde el punto de vista de la eficiencia dinámica se hace todavía más compleja si se añaden las consideraciones de que esos incentivos para revelar la información no socaven al tiempo los incentivos para producir u obtener más información en el futuro y de que se minimicen los costes de aplicación de la regla diseñada.

Lo que todo ello significa es que el diseño del derecho dispositivo con la mira puesta en la creación de los incentivos más adecuados para que se maximice a largo plazo la riqueza social o agregada puede no coincidir con los dictados del modelo del contrato perfecto. Pero este modelo, con lo que implica de redistribución del poder de negociación que las partes tienen en la realidad, puede ser apreciado no como encarnación de la idea de eficiencia, sino más bien, (aunque sus exigencias respectivas puedan converger en una serie de casos), como dramatización o escenificación de un ideal de justicia conmutativa. Si el legislador selecciona el derecho dispositivo siguiendo un ideal de esta clase, es muy posible que la parte con mayor poder de negociación fuerce la adopción de un pacto en contrario para esquivarla. A pesar de todo la elección puede no carecer de sentido, si el legislador tiene razones para creer que en muchos casos la parte con mayor poder en las transacciones reales no será tan sofisticada como para proceder de ese modo o, aunque lo sea, no lo va a hacer porque para esquivar la regla dispositiva va a incurrir en más costes -de transacción- de los que representaría para ella que se le aplicara. Y si el legislador no ha sido suficientemente claro al dictar el derecho dispositivo, el juez puede aprovechar el doble silencio de las partes y del legislador para hacer valer aquel ideal de justicia conmutativa aún de un modo más claro. Porque, incluso si prospectivamente su fallo sienta un criterio que en el futuro las partes en transacciones de esa clase tratarán de esquivar mediante pactos en contrario, en relación con el caso pasado sobre el que se decide resulta ya imposible de eludir.

En suma, creo que la razón profunda por la que el argumento que aquí he sometido a examen no resulta convincente radica en que presupone no meramente que la eficiencia es sólo un ingrediente de la justicia, sino también que el único ingrediente adicional es la justicia distributiva. Por eso, del hecho de que puedan alegarse argumentos para sostener que el derecho contractual no debe ser usado con fines redistributivos infiere con naturalidad que sólo debe estar guiado por la eficiencia. Pero esa inferencia resulta inválida si se piensa en otros componentes de la idea de justicia que, por así decirlo, no son estructurales (no tienen que ver con el diseño de la «estructura básica» de la sociedad), sino situacionales (que tienen que ver con la posición de las partes en una transacción). Esforzarse en definir con precisión esos componentes situacionales que constituyen la materia de la venerable idea de justicia conmutativa es, sin duda, la tarea que queda pendiente para todo aquél que pretenda no sólo criticar la tesis de que la configuración e interpretación del derecho contractual debe estar guiada sólo por el principio de eficiencia, sino también ofrecer una alternativa creíble a la misma.

**Referencias bibliográficas**

- AYRES, Ian y GERTNER, Robert, 1989: «Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules», *Yale law Journal*, 99, 87-130.
- BARNETT, Randy E., 1986: «Contract Remedies and Inalienable Rights», *Social Philosophy & Policy*, 4, 179-202.
- CALABRESI, Guido, 1984: *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, t. c. de Joaquim Bisbal, Barcelona, Ariel [ed. original: *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, New Haven, Yale University Press, 1970].
- CALABRESI, Guido y MELAMED, A. Douglas, 1983: «Property Rules, Liability Rules and Inalienability: one View of the Cathedral», en M. Kuperberg y Ch. Beitz (eds.), *Law, Economics and Philosophy. A Critical Introduction, with Application to the Law of Torts*, Totowa nj, Rowman & Allanheld, 41-80 [ed. original: *Harvard Law Review*, 85 (1972) 1089-1128].
- CALSAMIGLIA, Albert, 1987: «Eficiencia y derecho», *Doxa*, 4, 267-287.
- 1988: «Justicia, eficiencia y derecho», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1, 305-335.
- 1989: «Justicia, eficiencia y optimización de la legislación», *Documentación Administrativa*, 218/219, 113-151.
- CHARNY, David, 1991: «Hypothetical Bargains: The Normative Structure of Contract Interpretation», *Michigan Law Review*, 89, 1815-1879.
- COLEMAN, Jules L., 1992: *Risks and Wrongs*, Cambridge, Cambridge University Press.
- DWORKIN, Ronald, 1977: *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth [t. c. de M. Guastavino, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984].
- EPSTEIN, Richard A., 1985: «Why Restrain Alienation?», *Columbia Law Review*, 85, 970-990.
- FEINBERG, Joel, 1978: «Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life», *Philosophy & Public Affairs*, 7, 93-123.
- HIERRO, Liborio, 1982: «¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto», *Sistema*, 46, 45-61.
- 1993: «Contra el imperio de la riqueza (Dworkin v. Posner)», en *Ronald Dworkin. Estudios en su homenaje*, *Revista de Ciencias Sociales* (Universidad de Valparaíso), 38, 383-411.
- 1994: «La pobreza como injusticia (Dworkin v. Calabresi)», incluido en el presente volumen.
- KENNEDY, Duncan, 1982: «Distributive and Paternalist Motives in

- Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power», *Maryland Law Review*, 41, 563-658.
- KRONMAN, Anthony T., 1980: «Contract Law and Distributive Justice», *Yale Law Journal*, 89, 472-511.
- KUFLIK, Arthur, 1986: «The Utilitarian Logic of Inalienable Rights», *Ethics*, 97, 75-87.
- LAPORTA, Francisco, 1987: «Sobre el concepto de derechos humanos», *Doxa*, 4, 23-46.
- MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio L., 1992: «Los derechos humanos como derechos inalienables», en J. Ballesteros (ed.), *Derechos humanos. Concepto, Fundamentos, Sujetos*, Madrid, Tecnos, 86-99.
- McCONNELL, Terrance, 1984: «The Nature and Basis of Inalienable Rights», *Law & Philosophy*, 3, 25-59.
- MERCADO PACHECO, Pedro, 1994: *El análisis económico del Derecho. Una reconstrucción teórica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- MEYERS, Diana T., 1985: *Inalienable Rights. A Defense*, Nueva York, Columbia University Press [t. c. de Elena Beltrán, *Los derechos inalienables*, Madrid, Alianza, 1988].
- MINDA, Gary, 1989: «The Jurisprudential Movements of the 1980s», *Ohio State Law Journal*, 50, 599-662.
- NINO, Carlos S., 1992: *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea.
- PAZ-ARES, Cándido, 1985: «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», *Revista de Derecho Mercantil*, 175/176, 7-40.
- 1994: «Principio de eficiencia y Derecho privado», en S. Urbina (ed.), *Jornades de Filosofia del Dret (1990/91/92)*, Palma de Mallorca, Edición del Consell Insular de Mallorca, 149-184.
- POLINSKY, A. Mitchell, 1985: *Introducción al análisis económico del derecho*, t. c. de J. M. Álvarez Flórez, Barcelona, Ariel [ed. original: *An Introduction to Law and Economics*, Boston, Little, Brown & Co., 1983].
- POSNER, Richard A., 1985: «Wealth Maximization Revisited», *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, 2, 1378-1401.
- 1990: *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- RADIN, Margaret Jane, 1987: «Market-inalienability», *Harvard Law Review*, 100, 1849-1937.
- RAWLS, John, 1971: *A Theory, of Justice*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.

- 1978: «The Basic Structure as Subject», en A. I. Goldman y J. Kim (eds.), *Values and Morals*, Dordrecht/Boston, Reidel, 47-71.
- ROSE-ACKERMAN, Susan, 1985: «Inalienability and the Theory of Property Rights», *Columbia Law Review*, 85, 931-969.
- SCHÄFFER, Hans-Bernard y OTT, Claus, 1991: *Manual de análisis económico del Derecho civil*, t. c. de Macarena Von Carstenn-Lichterfelde, presentación de P. Salvador Coderch, Madrid, Tecnos [ed. original: *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, Berlin, Springer, 1986].
- THOMSON, Judith Jarvis, 1990: *The Realm of Rights*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- TREBILCOCK, Michael J., 1993: *The Limits of Freedom of Contract*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- WALDRON, Jeremy, 1994: «Liberal Markets», *Michigan Law Review*, 92, 1456-1490.

**DOXA 15-16 (1994)**

