

Albert Calsamiglia

Universidad de Barcelona

Justicia, eficiencia y optimización de la legislación

SUMARIO: INTRODUCCION. UNA DISTINCION CONCEPTUAL. La teoría económica del bienestar. Las doctrinas de la economía de libre mercado. EL HOMBRE ECONOMICO. LAS HIPOTESIS DE UN MERCADO IDEAL. CRITERIOS DE VALORACION DE UN SISTEMA ECONOMICO: UTILIDAD Y EFICIENCIA. LAS DOCTRINAS DEL LIBRE MERCADO. El dilema del prisionero. Los bienes públicos. Externalidades. Información asimétrica. CONOCIMIENTO JURIDICO Y TEORIA ECONOMICA. DOS MODELOS DE FUNCION SOCIAL DEL JURISTA. ALGUNAS APORTACIONES DE LA ECONOMIA: RACIONALIDAD Y EFICACIA. EL PARADIGMA DE AUSTIN. ABRIENDO EL PARADIGMA. HACIA LA CIENCIA DE LA LEGISLACION. CONCLUSIONES.

INTRODUCCION

Las transformaciones del estado contemporáneo han producido una crisis de legitimación. Los criterios tradicionales de justificación de las decisiones públicas son hoy insuficientes. Por esa razón el problema de la justicia ha pasado a ser uno de los principales de la reflexión actual. En el campo del derecho público existe la conciencia de que el estado de bienestar exige unas técnicas de intervención no justificables desde perspectivas estrictamente liberales. El abuso de poder, el nepotismo o la reinstauración del privilegio son hoy amenazas importantes. Al mismo tiempo la intervención, la agilidad, la tecnología y la eficacia de los poderes públicos son imprescindibles para cumplir con la tarea de gobierno. Y estos criterios —al mismo tiempo— se usan para legitimar la actividad administrativa.

El modelo de equilibrio entre utilidad social y derecho individuales, vigente durante decenios, ha entrado en crisis. Las demandas so-

ciales de mayor bienestar parecen entrar en colisión —en ocasiones— con la producción de riqueza y —en algunos casos— con el disfrute de algunos derechos individuales. Los neoliberales propugnan, con agresividad dialéctica, la recuperación del estado mínimo y el desmantelamiento del estado del bienestar. Frente a la ofensiva conservadora los defensores del estado del bienestar tratan de construir un nuevo equilibrio que permita conquistar nuevos derechos de la segunda o tercera generación sin que afecte sustancialmente a la producción de riqueza.

A lo largo de la última década los economistas han utilizado su arsenal conceptual para estudiar temas que tradicionalmente eran feudo de filósofos y juristas. Desde la Economía se ha tratado de justificar o criticar la actividad interventora estatal y se han propuesto nuevos ideales de justicia. En más de una ocasión los economistas se han lamentado de la poca atención y la incomprensión que han merecido sus escritos por parte de sus colegas tanto filósofos como juristas (1). En este trabajo pretendo tender puentes para una mejor evaluación por parte de filósofos y juristas de algunas de las ideas más importantes sostenidas por economistas. El impacto del pensamiento económico en la filosofía política y de la justicia ha sido muy importante. En el reconstructivismo de John RAWLS ya se manifiesta su influencia y algunas novísimas aventuras reducen el pensamiento moral a una de las partes más importantes de la teoría de la elección racional (2).

Si es cierto que la actividad administrativa se legitima mediante el criterio de eficacia en la prestación de servicios, entonces es imprescindible asomarnos a los criterios de valoración de los sistemas económicos y muy especialmente al concepto de eficiencia. Una sociedad bien diseñada supone —por ejemplo— el respeto del principio de igualdad. Pero una sociedad no sólo es justa si respeta una concepción determinada de igualdad, sino que también debe asignar correctamente los recursos. Una sociedad que despilfarre recursos que cubren necesidades básicas no es una sociedad justa. La eficiencia —entendida como el mayor beneficio con el mínimo costo— podría ser considerada como uno de los componentes esenciales de una sociedad justa. Aunque evidentemente no es el único ni quizá el más importante. Sin embargo, es un valor que puede estar en relación inversa con otro de los componentes fundamentales de la idea de justicia, como es el prin-

(1) Véase como muestra F. HAHN y M. HOLLIS (eds.), *Philosophy and Economic Theory*, Oxford, University Press, 1979, p. 1. Sin embargo, en los últimos tiempos ese problema se ha mitigado. Véase por ejemplo el excelente libro de D. GAUTHIER, *Morals by Agreement*, Oxford Clarendon Press, 1986, en el cual observa la moral como una parte de la teoría de elección racional.

(2) Muy especialmente la obra de GAUTHIER citada y la importante bibliografía producida. Véase E. FRANKEL PAUL y otros, *The New Social Contract. Essays on Gauthier*, Oxford, Brasil Blackwell, 1988. Véase también J. COLEMAN, *Markets, Morals and the Law*, Cambridge University Press, 1988.

principio de igualdad (3). Cualquier decisión pública tomada por la administración o por el legislador deberá enfrentarse con el conflicto latente entre eficiencia y derechos individuales, producción y distribución.

La teoría económica ha hecho un conjunto de aportaciones importantes a estas cuestiones. Convendría destacar tres entre otras:

1. La construcción y depuración del concepto de eficiencia. Más adelante precisaremos este concepto y lo distinguiremos especialmente del de eficacia y efectividad. Podemos entender por eficiente toda aquella ley, decisión o medio que consigue un objetivo determinado con el mínimo costo. La eficiencia es un criterio que permite formular propuestas normativas de resolución de conflictos. El teorema de COASE muestra una nueva perspectiva de análisis de los problemas que merece ser tenida en cuenta a la hora de resolver los conflictos jurídicos. En su versión más sencilla, COASE sostuvo la tesis de que, con independencia de quién tenga los derechos, lo primero que debe buscarse es la solución que minimice el coste social. Un ejemplo básico a partir del que se puede reflexionar es el siguiente:

Imaginemos que los humos de una fábrica estropean la ropa tendida de los vecinos. Existen tres soluciones: La primera, indemnizar por la ropa —el coste es de 500—; la segunda, comprar una secadora a cada uno de los vecinos —coste 400—, y la tercera, poner un filtro en la fábrica —coste 125—. El punto de vista economicista sostiene que con independencia de quién tenga que pagar —es decir de quién tiene la culpa, quién tiene derecho—, la solución siempre debe ser la misma: la que cueste menos. Y en este caso concreto —en ausencia de costes de transacción— la solución eficiente es la última. Alguien podría calificar esta idea de simple. Pero un análisis de las decisiones jurídicas puede mostrar que este criterio no se sigue siempre, a pesar de ser intuitivamente correcto. En un nivel más profundo cabría preguntarse si el derecho debe perseguir la eficiencia económica, si éste es un valor jurídico atractivo y por qué. Este debate tiene importancia para la filosofía político-jurídica pero no sólo para ella. Quienquiera que tome decisiones públicas está comprometido con los valores. Incluso —aunque no sea consciente— su decisión refleja un sesgo valorativo. Si la eficiencia es componente de la justicia, entonces permitirá legitimar algunas leyes y decisiones.

En una versión más compleja —cuando los costes de transacción son positivos— COASE sostuvo que una norma jurídica es preferible a otra si es eficiente. Esta versión proporciona una vía para elegir entre normas jurídicas cuando existen costes de transacción.

(3) Véase sobre este punto los trabajos de G. PECES-BARBA, *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984; y el de A. E. PÉREZ LUÑO, «El Principio de Igualdad en la Constitución Española», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1987.

Los juristas siempre se han preocupado por quién tiene derecho, quién tiene la culpa. Posiblemente la posición economicista permite plantear el problema de modo distinto, ya que toma la ley como un dato y no como el criterio exclusivo del conflicto. No es aventurado pensar que muchas normas no se obedecen porque los ciudadanos prefieren las ventajas de la conducta ilícita sin que la amenaza de la sanción sea incentivo suficiente para evitar la conducta desviante.

2. La propuesta metodológica. La teoría económica observa los problemas desde una perspectiva distinta a la jurídica. Su dimensión descriptiva —aunque es importante— no es la única. La economía normativa no se ocupa de describir la realidad. La construcción de modelos hipotéticos o de modelos ideales no sirve tanto para describir la realidad —en la realidad social no se da nunca el modelo— sino para preguntarse desde el modelo por qué la realidad es como es y para *proponer desde el modelo medidas de modificación*. En este sentido la teoría económica es distinta a la jurídica. Lo más granado de la teoría del derecho contemporáneo insiste en su dimensión descriptiva. Cualquier dimensión normativa de la ciencia jurídica es indicio de contaminación ideológica. Los juristas deberíamos utilizar el modelo metodológico económico para dotar a algunas decisiones de dimensión —y fundamentación— normativa. Los aspectos descriptivos y prescriptivos de las teorías en el campo de las ciencias sociales tienen relaciones que es necesario mostrar. Uno de los modelos más acabados de esta versión se encuentra en los trabajos de economía normativa.

El arte de la economía consiste en elegir hipótesis que simplifiquen el problema lo suficiente para que pueda entenderse mejor determinadas características del mismo. Ahora bien, esas hipótesis se elaboran porque el mundo económico es demasiado complejo para analizarlo «totalmente». Lo que ocurre es que a veces las hipótesis se eligen muy arbitrariamente o no se eligen bien. Sin embargo no hay ningún método que permita decidir cuál es la hipótesis o el conjunto de hipótesis seleccionable que produzca resultados significativos. La intuición y la imaginación son necesarias para la selección.

En una relación muy estrecha con la dimensión normativa de la metodología económica se encuentra el problema de los valores. Los economistas ofrecen un punto de vista de los valores muy distinto al de los juristas. Las conductas de los individuos reflejan los verdaderos valores que sostienen los individuos. Las preferencias de los individuos se manifiestan en sus conductas. Las declaraciones que realizan los individuos e incluso sus intenciones están subordinadas a su conducta. Los economistas sostienen que una acción vale más que mil palabras. De la conducta de un individuo se puede inferir cuál es el valor que defiende. Es posible que las intenciones del individuo sean incompatibles con los valores que reflejan su conducta. Preguntarse desde el

valor —que se induce de las preferencias manifestadas en la conducta— la compatibilidad o incompatibilidad con los principios ideales es una tarea de especial relevancia tanto para el economista como para el jurista. Esta aportación —que no es reductible meramente a la descripción sociológica, sino que exige la reflexión, crítica y elección entre valores— es relevante, sobre todo, en el campo de la ciencia de la legislación.

3. Por último, las transformaciones del estado contemporáneo suponen un nuevo sistema de legitimación. La intervención del estado en la economía se justifica fundamentalmente por la capacidad de la administración estatal de ofrecer unos servicios públicos adecuados. A la legitimación por la legalidad se añade la legitimación por la eficacia. Lo que importa además es que la administración ofrezca el máximo bienestar con el mínimo coste posible. Y las demandas de gestión eficiente, de reforma de la administración suponen la posibilidad de legitimar la actividad administrativa por caminos distintos a los tradicionales.

Los juristas han ignorado estos parámetros sugeridos por la teoría económica. Ahora bien, ¿cuál es la razón que ha impedido el desarrollo de una ciencia jurídica más abierta a estos temas?

La ciencia jurídica del último siglo ha partido de un programa de investigación bien definido. Una teoría completa del derecho debía ocuparse de dos temas básicos. Por una parte la disciplina normativa del derecho debía responder a la cuestión *cómo debe ser el derecho* mientras que la disciplina descriptiva del derecho debía analizar *cómo es el derecho*. La ciencia jurídica en sentido estricto es la disciplina, mientras que las ciencias normativas prescriptivas no deben ser cultivadas por juristas, sino por filósofos y políticos.

Ese programa de investigación permitió el desarrollo de la ciencia jurídica —la jurisprudencia o dogmática jurídica— durante todo el siglo XIX y parte del XX. Esa concepción supuso una idea de la función del jurista estrictamente subordinada a la ley. Su tarea no es otra que la de conservar el cuerpo de reglas ya establecido por los códigos. Existe un legislador —superior en racionalidad y en conocimiento— que formula las leyes. El jurista está subordinado a este legislador y su función como práctico del derecho es aplicar leyes. Como teórico es describirlas. Su compromiso con la neutralidad científica le exige la abdicación valorativa. Describe valores que no valora.

Podríamos preguntarnos hasta qué punto este programa se desarrolló, hasta qué punto la tarea del jurista ha sido tal y como se define en el programa. En otro lugar me he ocupado de argumentar que la ciencia jurídica en sentido estricto no tiene sólo funciones descriptivas sino

también prescriptivas (4). Aunque —quizá un poco dogmáticamente— podría sostener que el compromiso con los valores es imprescindible para el desarrollo de la actividad jurídica.

En todo caso, con independencia de las inconsistencias entre el programa y su realización práctica, es indudable que aquél no permite plantear problemas importantes como son los de servir de guía práctica para el legislador. Desde el paradigma decimonónico no se pueden criticar las leyes ni se sabe cómo se deben hacer. Tampoco se tienen instrumentos adecuados para calcular cuál va a ser la reacción de los ciudadanos frente a una ley. Los problemas de conducta social son poco relevantes salvo en los casos extremos.

Complementario con ese programa es la tendencia a creer en la autonomía y superioridad del derecho sobre la sociedad. Para cambiar la sociedad sólo es necesario cambiar el derecho. La sociedad seguirá y obedecerá lo que establezca el poder legalmente establecido.

Las piezas del rompecabezas jurídico están bien tramadas. La racionalidad jurídica es coherente con ese programa y con esos supuestos. Pero la crisis de este modelo, junto a la crisis del derecho liberal, ha puesto de manifiesto la inadecuación de la racionalidad jurídica tradicional.

No es de extrañar que en esta situación surjan estudios como los de técnica y ciencia de la legislación que rompen frontalmente con el programa de investigación y pretenden introducir un cierto orden y racionalidad en la máquina legislativa. La marea legislativa del derecho postindustrial exige nuevas racionalizaciones. Una nueva ilustración exige técnicas y valores distintos porque la creada por los codificadores es inadecuada para un ordenamiento jurídico compuesto por una diversidad de normas individuales y concretas que tienden a cumplir objetivos concretos y que no tienen una dimensión permanente y estable como las normas típicas del estado liberal de carácter general y abstracto. *El derecho y el estado intervencionista no pueden estudiarse con la red conceptual construida para comprender el estado liberal.*

La ciencia de la legislación no se ocupa de la interpretación y aplicación de las leyes —tarea de la ciencia jurídica o dogmática jurídica—, sino del proceso de producción de las leyes y de las normas. En este proceso están implicadas no sólo las disciplinas jurídicas sino también otras disciplinas no jurídicas. Una buena teoría y técnica de la legislación debe poner en contacto disciplinas como la lógica, la informática, la sociología, la jurisprudencia, la economía y la ética (5).

(4) Véase A. CALSAMIGLIA, *Introducción a la Ciencia jurídica*, Barcelona, Ariel, 1986.

(5) Véase en España la obra del grupo Gretel: *La forma de las Lles*, Barcelona, Bosch, 1986. Las observaciones de M. ATIENZA (conferencia pronunciada en Barcelona, 1988) sobre Sociología Jurídica y Ciencia de la Legislación me han sido de gran utilidad. Josep AQUILÓ acaba

Desde el paradigma decimonónico no se puede hacer un diseño de cuáles son las condiciones que deben cumplir las leyes para ser buenas leyes. Hay que salirse fuera de las redes conceptuales jurídicas —actuales— para elaborar este diseño. Como señala ATIENZA, una buena ley debe cumplir con un conjunto de racionalidades. En primer lugar la racionalidad comunicativa; el emisor de la ley debe ser capaz de comunicar con fluidez un mensaje al destinatario. En segundo lugar, la racionalidad jurídico formal; el mensaje debe insertarse armoniosamente en el sistema jurídico sin producir contradicciones de normas. En tercer lugar, racionalidad pragmática; las conductas de los individuos deben ajustarse a lo prescrito en la ley. En cuarto lugar, como racionalidad técnica; la ley tendría que alcanzar los fines que pretende con instrumentos y medios adecuados, es decir, los eficientes. Por último una ley debe poseer una racionalidad ética; las normas y los fines deben tener una justificación.

Estas indicaciones permitirían construir unas leyes mejor diseñadas y para ello se precisan no sólo conocimientos jurídicos sino también extrajurídicos. Por ejemplo será necesario prever cuál será la reacción de los ciudadanos ante la medida legal. Habrá de analizar los incentivos que tienen para obedecer el derecho o bien si las leyes son los medios eficientes para alcanzar los fines.

Establecer puentes con otras disciplinas sociales es importante para ampliar el nivel discursivo de la ciencia y la práctica jurídica. Observar más de cerca los planteamientos generales de los economistas no convertirá a los juristas en economistas, sino que les permitirá comprender sus aportaciones e integrarlas en un marco común más amplio y profundo.

Pero no sólo eso. La complejidad del derecho actual ha producido una traslación de responsabilidad del legislativo al poder ejecutivo y al judicial. Argumentos de oportunidad, agilidad o finalidad han producido una tendencia al casuismo y al activismo. La recuperación de la previsibilidad, la certeza y la seguridad jurídica es tarea prioritaria, puesto que la disolución de estos valores supone la de los derechos y del Derecho (6).

Voy a dedicar la atención a estudiar, en primer lugar, algunos aspectos fundamentales de la ciencia económica actual. Estudiaré algunos conceptos básicos que pueden ser de especial utilidad para la toma de decisiones jurídicas tanto desde el punto de vista del que crea derecho como del que lo aplica. Es necesaria la reconstrucción de la red

de leer una magnífica tesis doctoral que trata de los principales problemas de los lenguajes documentales y la técnica legislativa.

(6) Sobre este punto véase el excelente trabajo en prensa (Barcelona, Ariel, 1989) de C. VIVER sobre la distribución de competencias materiales entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la Jurisprudencia Constitucional, especialmente el capítulo primero.

conceptual del estado liberal integrando enfoques y justificaciones economicistas que permitan comprender el derecho de estado intervencionista.

UNA DISTINTICION CONCEPTUAL

Para empezar es necesario hacer una distinción conceptual de importancia. Los juristas estamos acostumbrados a abordar los problemas desde la red conceptual jurídica, pero no los tratamos desde perspectivas distintas. Es muy útil distinguir entre teorías y doctrinas económicas. Cuando hablamos de la economía neoclásica o la economía del bienestar conviene tener bien presente que bajo este rótulo se puede incluir muchas corrientes de pensamiento.

La teoría económica del bienestar

La teoría económica sostiene el siguiente teorema: en un mercado competitivo los individuos racionales y egoístas que persiguen su propio interés producen —sin tener conciencia de ello y guiados por una mano invisible— un resultado ni previsto ni querido: el mayor beneficio social.

La teoría económica del bienestar puede ser especialmente útil a los juristas porque no trata de describir totalmente la realidad social en la cual todo está mezclado e indiferenciado, sino que su gran valor consiste en la construcción de modelos que sirven —sobre todo— para interpretarla.

Los modelos que utiliza la teoría económica son siempre muy sencillos y hacen abstracción de muchos aspectos de la realidad. Su utilidad no se encuentra en la descripción de la realidad sino en la luz que puede ofrecer para plantear problemas, para preguntarse desde el modelo por qué la realidad es como es y para proponer medidas para mejorar la sociedad. La teoría económica es diseccionista y su valor cognoscitivo se encuentra fuertemente relacionado con la delimitación precisa de un problema y su aislamiento de otros problemas que se acostumbrarán a tratar indiferenciadamente.

La teoría económica ha seguido la senda que Kant había pronosticado para los saberes que pretendieran ser científicos. Porque como bien dijo Kant «las observaciones contingentes, los hechos sin ningún plan bosquejado de antemano, no pueden venir a conexión en una ley necesaria, que es, sin embargo, lo que la razón busca y necesita... y así la misma física debe tan provechosa revolución de su pensamiento a la ocurrencia de buscar —no imaginar— en la naturaleza, conforme a

lo que la razón misma ha puesto en ella, lo que ha de aprender de ella y de la cual, por sí misma, no sabría nada. Sólo así ha logrado la física entrar en el camino seguro de la ciencia» (7).

Una de las razones que explica el desarrollo de la teoría económica como la primera ciencia social se deriva de esta idea de ciencia. Se formulan hipótesis y se exige después respuesta. Pero además la teoría económica ha utilizado profusamente instrumentos analíticos formales muy sofisticados para apuntalar sus tesis.

Las doctrinas de la economía de libre mercado

Por doctrinas de la economía del libre mercado entenderemos todas aquellas que utilizan los teoremas fundamentales de la economía del bienestar para justificar la deseabilidad de la economía de libre mercado. En muchas ocasiones —sin ningún espíritu crítico— se ofrecen interpretaciones de las tesis de la teoría económica que van mucho más allá de sus límites. Eso ha dado lugar a una confusión entre la teoría económica del bienestar y la defensa a ultranza de las leyes del mercado o del neoconservadurismo.

Estas extensiones de la tesis de la teoría más allá de sus límites pueden tener su fundamento en la sofisticación del lenguaje utilizado por los economistas teóricos —sólo comprensible por un auditorio muy restringido y a la vez avanzado— y también por la facilidad con que se puede adular los límites ante un auditorio de estudiosos de ciencias sociales que difícilmente tienen acceso a las fuentes originarias.

A todo ello se debe añadir la escasa preocupación que la propia teoría económica ha tenido por divulgar sus conocimientos más allá de su comunidad científica. Existe muy poca literatura dirigida a filósofos, juristas y otros científicos sociales en la que se explique las hipótesis, los modelos y los resultados de la teoría económica.

Una vez hecha esta precisión, vamos a ocuparnos de definir el funcionamiento de un mercado competitivo y las principales hipótesis de la teoría económica del bienestar. Iniciaremos nuestra andadura describiendo el supuesto del hombre económico como hombre racional y egoísta. En segundo lugar, describiremos las hipótesis de un mercado ideal bajo las cuales se cumple el teorema de la teoría económica, y, en tercer lugar, analizaremos el concepto de eficiencia, especialmente en su versión paretiana.

(7) Véase el prólogo a la segunda edición de la *Crítica de la Razón Pura* (Ed. consultada de GARCÍA MORENTE, Madrid, Vitoriano Suárez, 1928).

EL HOMBRE ECONOMICO

En su origen la economía clásica partió de un conjunto de supuestos que fueron compartidos por el iusnaturalismo racionalista. Adam SMITH sostuvo una concepción del hombre económico, como un nombre racional, individualista y egoísta. Existe una mano invisible que rige la economía —la ley natural de la economía— según la cual individuos que persiguen su propio interés en un mercado competitivo producen un resultado no intencionado e imprevisto: el bienestar social. El mismo espíritu que llevó a los economistas a buscar unas leyes naturales justas impulsó a los juristas a buscar en la naturaleza el criterio de ordenación institucional justa. El parentesco de la economía clásica con la reflexión iusnaturalista racionalista es evidente. Pero sus historias han sido muy distintas. La fe en una mano invisible que rige la economía y conduce a la eficiencia mediante las leyes del mercado ha dejado de ser una fe irracional y ha sido formalizada con potentes instrumentos de análisis. Hoy día se conoce con exactitud la fuerza de sus argumentos pero también las condiciones —no muy generales— bajo las cuales tiene validez.

La economía de mercado se basa en un conjunto de supuestos y valores. El *individualismo* es el primer valor sustancial.

En la justificación del individualismo, LOCKE ocupa un lugar importante. La sociedad según LOCKE constituye un agregado de individuos que ya tienen derechos innatos que nadie puede violar y que son inalienables. El hombre en el estado de naturaleza tiene derechos que ninguna mayoría ni ningún bien colectivo pueden vencer. Son vetos que tiene el individuo frente al estado y frente a todos los demás hombres.

La vida en el estado de naturaleza, sin embargo, arguye LOCKE, es insegura porque no existe forma de garantizar los derechos naturales. En el estado de naturaleza no existe una jurisdicción superior a las partes que tenga como objetivo castigar a aquellos que atenten contra los derechos naturales. La vida en sociedad, el pacto social se justifica para garantizar mejor esos derechos naturales. El estado sólo tiene sentido para transformar los derechos naturales en derechos jurídicos. El estado es el garante de los derechos pero nada más. En el caso de que el estado atente contra alguno de los derechos naturales el ciudadano puede volver al estado de naturaleza rebelándose contra el gobierno que no cumple con sus deberes. El estado está para satisfacer las necesidades de orden público, pero no para privar a los ciudadanos de su libertad o de su propiedad. Los ciudadanos deben ser los que decidan según sus preferencias, sin que exista ninguna necesidad de que el estado suplante su libertad.

Es consecuente con el individualismo rechazar todo tipo de ética social exógena que sea contraria o independiente de la voluntad de los individuos que afecta. Cualquier limitación de derechos de los individuos sólo es permisible o justificable si el individuo afectado está de acuerdo. No existe ninguna razón —afirmaría el buen liberal— para que un planificador externo nos diga qué es lo bueno. Los juicios preferenciales de los planificadores valen tanto como los de cualquier ciudadano. El individualismo se toma en serio los derechos de los individuos. La *doctrina* ha inferido que el sistema de libre mercado —al basarse en el individualismo— no sólo es preferible por su eficiencia social, sino también porque es el único sistema compatible con derechos individuales fundamentales no económicos, como por ejemplo la libertad.

La filosofía individualista ha sido objeto de numerosas críticas. Por una parte se ha afirmado que la eficiencia no es el primer ni el único valor relevante. Posiblemente una sociedad muy igualitaria no sea una sociedad muy eficiente pero puede ser preferible a una sociedad fuertemente desigualitaria y muy eficiente. No hay ninguna razón objetiva que permita decidir que la eficiencia es el único valor o el principal valor que sirve para justificar una sociedad determinada. Podríamos preguntarnos si la riqueza social es un valor último, un valor instrumental o bien no es un valor en absoluto (8).

En segundo lugar, hay sociedades con filosofías no individualistas, como, por ejemplo, la japonesa, que han alcanzado cotas de eficiencia muy elevadas. La eficiencia no es un patrimonio de la filosofía individualista.

En tercer lugar, los mecanismos de traducción de preferencias individuales en preferencias sociales no son fiables. ARROW demostró que no existe ningún mecanismo que permita convertir las preferencias individuales en preferencias sociales teniendo únicamente como base las preferencias individuales.

Las preferencias se manifiestan en la conducta del individuo y suponen la posibilidad de comparar y elegir entre alternativas de una forma coherente, transitiva y estable. Las preferencias de los individuos no son inmutables pero pueden ser fruto del error, de la falta de información o de la inexperiencia. Si la preferencia está viciada, el resultado también lo estará.

Ahora bien, la teoría económica no sólo asume el individualismo, sino que además supone que el hombre es un ser *racional y egoísta*, de tal modo que es el propio individuo el que tiene mejor información

(8) Sobre este punto véase R. DWORKIN, «Is Wealth a Value?», en *A Matter of Principle*, Harvard University Press, 1985.

acerca de sus preferencias (9) y de sus intereses; al mismo tiempo el individuo es el que los sabe defender mejor. Algunos liberales, además, sostienen —muy especialmente HAYEK— que los individuos tienen una información que ningún planificador social podría llegar a tener. El procesamiento de esa información tendría un coste muy superior si no se asignara al mercado. HAYEK sostuvo que una de las razones que justifican la superioridad del mercado competitivo sobre el colectivismo y la planificación es el coste de la información. Este es un punto importante. Pero, además, el egoísmo del individuo no es consecuencia de la maldad o la bondad del mismo, sino que es una consecuencia de la estructura de la sociedad competitiva. Esta incentiva el egoísmo de los individuos. Les convierte en egoístas. Además, si el individuo se equivoca, no es racional, él mismo sufre las consecuencias de su irracionalidad, de tal modo que existen incentivos para que los individuos se comporten racionalmente. El mercado tiene procedimientos para hacer desaparecer a los ineficientes y a los irracionales. Según HAYEK, el gran secreto de la sociedad de mercado es que asigna óptimamente los recursos.

El concepto de racionalidad económica es importante. La teoría económica supone que el individuo persigue sus intereses egoístas y que decide en función de sus preferencias. Ahora bien, los individuos pueden encontrarse en situaciones paramétricas o en situaciones de interacción con otros individuos. Denominaremos *racionalidad paramétrica* a aquellas situaciones en las cuales las preferencias de un individuo son las únicas variables, mientras que no se toman en cuenta las preferencias de los demás. El sujeto es el centro de atención. Un ejemplo de ello lo tenemos en el individuo que ha de elegir entre manzanas y naranjas, sin que intervengan otras variables, como, por ejemplo, la influencia de las decisiones o intereses de otros sujetos.

Pero la racionalidad paramétrica no es la única situación en la cual se puede encontrar el individuo. A veces las elecciones de los sujetos están determinados por las elecciones de otros sujetos. La conducta de la elección del sujeto es una de las variables. Sus elecciones deben tener en cuenta las elecciones de los demás y la conducta esperada de los otros. A este tipo de racionalidad se le denomina *estratégica*. Por ejemplo: yo reparto el pastel y tú eliges. Si deseo la máxima porción de pastel y espero que el que elige también quiere el máximo, entonces, para lograr el objetivo, debo dividirlo en dos mitades exactas. En la medida en que logre más exactitud lograré más porción de pastel. El resultado final de la decisión es distinto en situaciones paramétricas

(9) Una buena explicación de qué es una preferencia reflexiva y estable se encuentra en GAUTHIER, *op. cit.*, cap. 2. Una preferencia es considerada reflexiva si no hay conflicto entre su expresión y la conducta real y además es estable bajo ciertas condiciones de reflexión, información y experiencia.

o estratégicas. Si no se tiene en cuenta lo que hará el otro, la decisión no será dividir el pastel en dos partes iguales.

La noción de racionalidad estratégica es relevante para la toma de decisiones sociales. Como veremos más adelante, muchas situaciones jurídicas no suponen racionalidades paramétricas sino estratégicas. Los individuos reaccionan ante las leyes y hay que prever cuál va a ser la reacción para tomar la decisión correcta (10).

La teoría económica clásica ha estudiado los problemas de decisión en situaciones paramétricas con certidumbre. La teoría bayesiana de la decisión ha tratado la racionalidad paramétrica en situaciones de incertidumbre y riesgo, mientras que la teoría de los juegos ha estudiado la racionalidad estratégica.

Otra asunción valorativa importante hace referencia a los criterios de evaluación de una sociedad determinada. Las leyes del mercado competitivo cuyos agentes son individuos egoístas y racionales producen eficiencia social. La eficiencia es el valor por excelencia de un sistema económico (11). Sin embargo, muchos economistas sostienen que existe una relación inversa —*trade off*— entre principios de equidad y de eficiencia. En la medida en que tratemos que la distribución sea equitativa nos alejamos de la eficiencia. Se produce, por tanto, una caída en picado de la riqueza social. La teoría económica se ha ocupado en los últimos tiempos de este problema. El hecho de que exista una relación inversa entre equidad y eficiencia no quiere decir que toda la teoría económica esté a favor del principio de eficiencia ni que sea siempre deseable esa solución. La teoría económica —sobre todo en los últimos tiempos— ha tendido a poner de manifiesto la contradicción o la incompatibilidad entre criterios normativos. Creo que este punto es importante porque se tiende a identificar la eficiencia con el único criterio mediante el cual se juzga un sistema. Como señala BARBERÁ, «una parte importante de los desacuerdos a que puede dar lugar la utilización de criterios normativos tan generales como por ejemplo los de justicia y equidad se debe a que... no es fácil darles expresión formal. Y sería interesante hacerlo, porque esto permitiría incorporarlos, en pie de igualdad, con el criterio de Pareto» (12). Las relaciones entre justicia y eficiencia son muy complejas y se puede plantear de forma muy

(10) La distinción se debe a J. ELSTER y ha sido aplicada a la teoría moral por GAUTHIER. Véase D. GAUTHIER, *Morals by Agreement*, op. cit., pp. 21 y ss.

(11) Véase por ejemplo A. SCHOTTER, *La Economía del Libre Mercado*, Barcelona, Ariel, 1987, p. 140, en la que afirma: «Desde el punto de vista económico, el único requisito a un sistema es su eficiencia y toda cuestión de moralidad carece de sentido.»

(12) Véase S. BARBERÁ, «Justicia, Equidad y Eficiencia», *Hacienda Pública*, 1978, p. 213. En este trabajo, BARBERÁ presenta diversas contribuciones cuyo propósito común es el estudio de criterios normativos distintos al de Pareto, compatibles o incompatibles con éste. BARBERÁ sostiene que la teoría económica no puede resolver las controversias, pero sí que puede clarificar los términos en que se plantean.

sencilla o muy sofisticada. Pero una sociedad idealmente justa es una sociedad eficiente. Una sociedad que despilfarras recursos no es una buena sociedad. La eficiencia es un componente de la justicia, aunque ni el único ni el principal. Es decir, la eficiencia no triunfa siempre frente a los otros criterios componentes de la Justicia.

Conviene tener en cuenta que los problemas de justicia —tal y como advierte HUME— sólo se dan si existe una escasez de recursos relativa. Cuando hay abundancia no se plantean problemas de distribución. Mientras que cuando hay escasez extrema se plantean los problemas de elección trágica. Para hablar de justicia es preciso que exista una escasez relativa de recursos. Una sociedad organizada de tal forma que no asigne eficientemente sus recursos no producirá suficientes bienes para ser distribuidos y en su seno la justicia no será posible.

Por último, eficiencia y equidad no siempre se oponen. Pueden existir situaciones en las cuales la relación inversa no se da (13). Por ejemplo, si no hay costes de distribución la relación inversa entre producción y distribución no se produce. Algunos economistas sostienen que su problema no es el de la distribución sino el de la producción. POLINSKY afirma que la tarea del economista es ampliar al máximo el pastel, dejando a otros —como por ejemplo los legisladores— la tarea de determinar cómo ha de dividirse (14). Simplificando, podemos afirmar que los economistas se han preocupado del problema de la eficiencia como el criterio fundamental de justificación del sistema económico. Pero este punto de vista *no excluye* que desde puntos de vista distintos al económico —desde una concepción más general de la justicia—, la eficiencia no sea el criterio de justicia decisivo.

LAS HIPOTESIS DE UN MERCADO IDEAL

He sugerido algunos de los principales presupuestos de la teoría económica. Otra idea fundamental es que en un mercado ideal los intercambios producen un equilibrio que es un óptimo de Pareto. Complementario con el supuesto anterior: Los mercados reales, los actuales, no son mercados ideales pero tienden a producir situaciones cercanas al óptimo de Pareto. De ahí la *doctrina* infiere la justificación de la economía de libre mercado. Inferencia que —como veremos— ignora los límites del discurso de la teoría económica.

Un mercado es el lugar en donde se producen los intercambios. Sin embargo, la teoría económica supone que el mercado reúne unas

(13) Véase sobre este punto el artículo citado de BARBERÁ, p. 214.

(14) Véase A. M. POLINSKY, *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1985, p. 18.

condiciones ideales que no se dan nunca en la realidad. De la misma manera que existe un modelo ideal de hombre que persigue sus propios intereses, que es egoísta y racional en el sentido económico, también existe un modelo ideal de mercado que no existe en el mundo real. Su valor no se encuentra en su adecuación con la realidad, sino en la capacidad de generar pensamiento. Y ese pensamiento puede ser de especial interés para el administrativista y el jurista en general.

Las *condiciones* (15) que debe reunir un mercado ideal —según la teoría económica— son en principio las siguientes:

1. Que la información —acerca de los precios— que poseen los sujetos que intervienen en el mercado sea completa. El individuo debe decidir sin tener en cuenta las decisiones de los demás y suponiendo que toda la información relevante la posee. Si no se da esta condición no estamos en el mercado ideal.

2. Que los derechos de propiedad sean estables y bien establecidos. De tal manera que el mantenimiento y la garantía de este derecho no produzca costes adicionales. El mercado presupone la asignación previa de los derechos de propiedad. Sin esa asignación no existe el mercado ideal.

3. El individuo es egoísta y racional. El individuo tiene claro siempre cuál es su interés y puede ordenar sus preferencias de forma transitiva. Es decir que si prefiere w a p y p a x prefiere también w a x . El individuo es capaz de expresar sus preferencias. Si no puede expresarlas o es inconsistente, o está en un error, o le falta experiencia, entonces las preferencias son engañosas. En todo caso, las preferencias se manifiestan a través de las conductas y no de los discursos.

4. Los costes de transacción son cero. Por costes de transacción se entienden los de identificación de las partes, los de reunión, los del proceso de negociación y los de puesta en práctica de la estrategia decidida. Las negociaciones que se producen en el mercado no cuestan nada. Si suponemos que existen costes de transacción entonces el mercado ideal deja de ser mercado.

5. Un mercado ideal carece de externalidades. En un modelo de competencia perfecta el único lugar de interacción social es el mercado. Fuera del mercado no se produce ningún tipo de influencia entre los individuos que afecte a la oferta, la demanda o los precios.

6. Los productos ofrecidos en el mercado no están diferenciados entre los ofertantes, de tal manera que a igualdad de condiciones es indiferente comprar uno u otro.

7. Los individuos que participan en un mercado consideran los precios como un dato. No tienen el suficiente poder para alterarlos

(15) Véase sobre este punto A. BUCHANAN, *Ethics, Efficiency and the Market*, Oxford Clarendon Press, 1985, p. 14.

como consecuencia de sus decisiones. Se excluyen —en particular— conductas monopolísticas.

Estas siete condiciones son suficientes para que se produzca un óptimo de Pareto y constituyen las del mercado ideal. En otras palabras, si no se da alguna de estas condiciones el resultado no será un óptimo de Pareto. Los supuestos y las condiciones de la economía del libre mercado son tan restrictivos que una aplicación indiscriminada de sus tesis a la realidad social es improcedente. Ello es suficiente para descalificar las hagiografías precipitadas de la bondad del mercado pero no para repensar los problemas jurídicos desde esta perspectiva.

CRITERIOS DE VALORACION DE UN SISTEMA ECONOMICO: UTILIDAD Y EFICIENCIA

Entre los múltiples criterios de valoración de un sistema económico los utilitaristas y los de eficiencia ocupan un lugar muy relevante.

Las doctrinas utilitaristas hoy se critican porque defienden el *statu quo*. Sin embargo, sus primeros defensores las utilizaron para forzar modificaciones legales. Las doctrinas individualistas del primer liberalismo fueron superadas por el utilitarismo. Bentham sostuvo que la «felicidad de los individuos que componen la sociedad constituye el fin... el único fin que debe perseguir el legislador, el único patrón al que cada individuo debe acomodar su conducta» (16). Bentham se preguntaba cuál es el interés de la comunidad y su respuesta es muy sencilla —en apariencia—: la suma de los intereses de los distintos miembros que la componen.

El criterio «la mayor felicidad para el mayor número posible» era el que permitía justificar o criticar la política legislativa llevada a cabo por los gobiernos. Una ciencia de la legislación debería tender a producir esa felicidad. Para lograr ese objetivo era insoslayable realizar algunos cálculos comparativos entre la felicidad que producía una medida u otra. Parecía, pues, que era necesario establecer un criterio de comparación interpersonal de la felicidad entre los sujetos.

El utilitarismo ha sido una doctrina filosófico-política dominante durante gran parte del siglo XX. Las medidas económicas del Estado del bienestar se han justificado mediante criterios de este tipo. Cuando se afirma que la eficiencia es un criterio importante de legitimación del Estado muchas veces se alude a las consecuencias beneficiosas.

(16) Véase J. BENTHAM, *Principles of Morals and Legislation*, Oxford, 1948, cap. 3, sec. 1.

Sin embargo, la crisis del Estado social supone también la crisis de sus sistemas de legitimación y, por tanto, del utilitarismo. Las críticas más importantes que se le han dirigido son las siguientes:

Primero. Incompatibilidad entre filosofía individualista y utilitarismo. El individuo no es el portador de unos derechos inalienables. La felicidad de la mayoría es más importante que la satisfacción de un derecho individual. Si para lograr la mayor felicidad del mayor número posible es preciso cometer una atrocidad, el utilitarista consecuente debería estar de acuerdo y cometerla. Si resulta que reduciendo al 5 por 100 de la población a la esclavitud se mejora la felicidad de la sociedad se debe sacrificar esa cuota de la población. El utilitarismo subordina el individuo a la sociedad y es, por tanto, una doctrina supraindividualista.

Segundo. Debe existir un método que permita medir la felicidad y hacer las comparaciones interpersonales pertinentes. Los utilitaristas no han ofrecido un método fiable del cálculo de la felicidad tanto a nivel cuantitativo como a nivel cualitativo. Amartya Sen sugiere irónicamente que a lo mejor la intensidad de la felicidad de Nerón al ver Roma en llamas era muy superior a los prejuicios que acarreó a los ciudadanos que vieron sus hogares destruidos. Para ser utilitaristas se deben comparar las intensidades de la felicidad. Pero ¿cómo se comparan esas intensidades entre los individuos?

Tercero. Las doctrinas utilitaristas valoran los resultados, pero son insensibles a los distintos méritos, a las circunstancias y a los esfuerzos realizados por los individuos. Son muy poco sensibles al esfuerzo y al voluntarismo.

Cuarto. Las doctrinas utilitaristas no son excesivamente sensibles al tema de los derechos. Cualquier derecho se debe sacrificar a la felicidad de la mayoría. Para los utilitaristas, los derechos entendidos como exigencias morales son —en palabras de Bentham— disparates en zancos. El utilitarismo no sólo es incompatible con la filosofía individualista, sino que no se toma los derechos en serio.

Quinto. Las doctrinas utilitaristas se basan en las preferencias declaradas. Pero esas preferencias pueden ser intencionadamente falsas. Si los cálculos se basan en las declaraciones de preferencias y éstas son falsas, entonces se basan en una información incorrecta y el resultado lo será también.

Vilfredo Pareto propuso un criterio que pretendía resolver algunos inconvenientes del utilitarismo y que permite clasificar las decisiones sociales evitando cálculos de felicidad y comparaciones interpersonales. Es un criterio individualista porque exige unanimidad para la elección de procedimientos de decisión social. La ética paretiana es una ética procesual en el sentido que diseña procedimientos decididos por

unanimidad. La ética paretiana es negativa en el sentido de que es una condición necesaria aunque no suficiente de la justicia.

El concepto de eficiencia social es un concepto clave de la teoría económica. Sin embargo, en la literatura se utiliza con significaciones distintas. Voy a dedicar atención al criterio paretiano porque juega un papel fundamental (17).

Según Pareto, *una decisión social es óptima si no existe otra situación diferente que se prefiera unánimemente*. La idea de que deben rechazarse todas las situaciones que todos los miembros declaran unánimemente como peor que otra puede reunir un amplio consenso. En ello reside la fuerza del criterio de Pareto. Sin embargo, ha sido objeto de muchas críticas por tres razones fundamentales. *En primer lugar* porque se concede a cada uno de los individuos de la sociedad el derecho de veto a cualquier medida o decisión social. En efecto, una definición alternativa, pero *equivalente*, del óptimo de Pareto sería la siguiente: una situación es óptimo de Pareto si dada cualquier otra alternativa siempre hay alguien que la veta. La consecuencia es que típicamente hay muchas situaciones distintas que son —todas ellas— óptimos de Pareto. *En segundo lugar* porque no se pone en cuestión el punto de partida y por tanto se conserva el *statu quo*. Si se parte de una situación desigual, el poderoso siempre vetará cualquier medida que afecte a su situación de privilegio. *En tercer lugar* porque es escasamente sensible a los problemas de justicia distributiva. Una sociedad ideal que asignara todos los recursos a X y ninguno a Y es tan óptimo de Pareto como otra sociedad en la cual a cada uno se le asignara el 50 por 100. Una sociedad en la cual se asignara el 30 por 100 a cada uno de ellos y tirara el resto, no cumple las condiciones del óptimo de Pareto. En este último caso existe la posibilidad de llegar a un acuerdo en que todos mejoren por unanimidad. *En cuarto lugar*, el criterio paretiano no resuelve todos los problemas. Hay muchos conflictos en los cuales lo que pierde uno lo gana el otro (18). Por eso precisamente Posner utiliza un concepto de eficiencia ligeramente distinto al paretiano y más

(17) Sobre el concepto de eficiencia existen disputas. Véase por ejemplo J. COLEMAN, «The Economic Analysis of Law», en J. PENNOCK y J. CHAPMAN (eds.), *Ethics, Economics and Law*, NOMOS, XIV, New York University Press, 1982, pp. 83 y ss., en las que mantiene la ambigüedad del concepto de eficiencia y sus interpretaciones en el sentido de Pareto y Kaldor-Hicks. Kaldor-Hicks propusieron el criterio de *compensación* para obviar algunos de los problemas del criterio paretiano. Según este criterio el estado social X es superior al estado social Y si los que ganan con ello pueden *compensar* a los que pierden. Con ello se permite comparar situaciones alternativas en las que alguien sale perjudicado. Sin embargo, este criterio tiene inconvenientes porque la compensación sólo es hipotética y no es necesario que los que salen beneficiados paguen. Para una crítica véase R. DWORKIN, «Why Efficiency?», en *A Matter of Principle*, Harvard University Press, 1985.

(18) Véase sobre este punto el cap. XI de la obra citada de GAUTHIER.

cercano al utilitarismo. Un resultado o una decisión social es eficiente si maximiza la riqueza social.

Sean cuales fueren los defectos del criterio es indudable que juega un papel de importancia en la teoría económica, ya que en su teorema fundamental se utiliza el óptimo de Pareto. En todo caso la utilización del criterio de Pareto no supone la justicia de la decisión, sino simplemente su eficiencia. Este punto es especialmente importante porque la doctrina —que no la teoría— (19) ha inferido la moralidad del mercado del principio de eficiencia. Y es que las palabras también embrujan porque llamar *óptimo* a ciertos Estados sociales fuertemente desiguales es confuso.

Recapitulando, la teoría económica del bienestar ha partido del supuesto que los individuos son racionales y egoístas y ha definido las condiciones de un mercado ideal. Sólo bajo estas hipótesis el funcionamiento del mercado competitivo conduce a un óptimo de Pareto. La conjetura de Adam Smith ha sido demostrada por la moderna teoría económica del bienestar, pero es importante respetar sus propios límites.

Hasta aquí hemos hecho un pequeño repaso de conceptos fundamentales de la teoría económica. Manejar esos conceptos en el debate jurídico supone la apertura de una perspectiva nueva que permite mejorar no sólo la creación, sino también la aplicación del derecho. La regulación normativa del mercado, de los consumidores, de las patentes, de los servicios— y de tantas otras relaciones sociales del Estado intervencionista— exige conocer su aspecto económico básico.

LAS DOCTRINAS DEL LIBRE MERCADO

Las doctrinas del libre mercado han utilizado el teorema de la teoría económica para defender la deseabilidad social del sistema del libre mercado. Sin embargo, estas doctrinas infieren precipitadamente tesis que sólo tienen apoyatura en los mercados ideales. La teoría económica sostiene que sólo bajo ciertas condiciones y ciertas hipótesis el mercado competitivo conduce a un óptimo de Pareto.

(19) Una parte muy importante de la literatura de la teoría económica tiene que ver con el estudio de la relación entre la justicia y la eficiencia. Véase por ejemplo S. BARBERÁ, «Justicia, Equidad y Eficiencia», *Hacienda Pública*, 1978, p. 213, en la que afirma: «A pesar de sus conocidas limitaciones, el criterio de Pareto sigue siendo el único sobre el que los economistas parecen haber llegado a un amplio consenso. Y tiene la ventaja de que admite una expresión formal rigurosa, que permite incorporarlo plenamente al análisis teórico. Pero el criterio de Pareto tiene capacidad muy limitada para discriminar entre distintos estados económicos; y por ello el economista tiene que apelar a consideraciones adicionales, de naturaleza distinta; de equidad, justicia, desigualdad, etc. *Estos otros criterios son tanto o más relevantes que el de Pareto, pero desde luego más difíciles de explicar analíticamente.*»

La primera de las críticas que se puede ofrecer es la siguiente. *Las economías actuales no satisfacen las hipótesis sugeridas por la teoría económica* y, por tanto, el teorema no puede aplicarse a cualquier situación social. Por tanto, toda aquella doctrina económica que busque apoyatura en la teoría económica sin respetar los propios límites de su discurso usa y abusa de la teoría para lograr objetivos políticos.

Cuatro ejemplos pueden servir para mostrar que —fuera de los límites impuestos por las hipótesis— la mano invisible no funciona: el dilema del prisionero, los bienes públicos, las externalidades y la información asimétrica— que vamos a estudiar sucintamente. Evidentemente no es difícil imaginar situaciones reales cuyas características encajen con estos ejemplos.

El dilema del prisionero (20)

El dilema del prisionero ha sido uno de los problemas que ha producido mayor literatura y reflexión en los últimos tiempos. Se atribuye a Tucker y puede enunciarse del siguiente modo.

Un jefe de policía detiene a dos ladrones que han cometido un robo en unos grandes almacenes. El policía sabe —tiene la seguridad— que han cometido el delito, pero no tiene pruebas suficientes para que el juez les condene. La única prueba aceptable será que se acusen entre sí porque el producto del robo ha desaparecido.

El policía introduce a cada uno de los ladrones en una celda separada que hace imposible la comunicación entre los presuntos delinquentes y a cada uno de ellos le hace la misma propuesta. Si acusas al otro y el otro no te acusa te dejaré libre —como premio a tu acusación— y a tu compañero le caerán diez años. Si tú acusas y el otro te acusa os caerán a cada uno de vosotros cinco años. Si no acusas y el otro no te acusa entonces no tendré suficientes pruebas y os caerán como máximo dos meses a cada uno. Por último si tú no acusas y el otro te acusa tendrás diez años de prisión mientras que tu compañero quedará libre.

Si suponemos que el ladrón es un *homo economicus*, que es radical y egoísta, su razonamiento será el siguiente: «Si el otro no me acusa, lo mejor es que yo acuse porque salgo libre. Es preferible salir libre a permanecer dos meses en la cárcel. Si mi compañero me va a acusar lo mejor es que yo acuse porque si yo no acuso me castigarán con diez años y si acuso sólo me castigarán con cinco. Por tanto, lo mejor es

(20) Una buena descripción del dilema se encuentra en SCHOTTER, *La Economía del Libre Mercado*, op. cit., pp. 65 y ss.

acusar haga lo que haga mi compañero, tanto si acusa como si no acusa», diría el prisionero.

Al día siguiente, y después de dejar reflexionar a los dos ladrones, el jefe de policía solicita la respuesta convencido de que tendrá suficientes pruebas para condenarlos. Y, evidentemente, los ladrones que no son irracionales se acusan el uno al otro.

Lo más relevante del caso es que individuos racionales y egoístas que persiguen su propio interés consiguen un resultado peor que si hubieran cooperado. Una actitud cooperativa conduce a cuatro meses de prisión como máximo mientras que una actitud egoísta conduce a diez años de prisión.

De este ejemplo se pueden sacar algunas conclusiones relevantes. En primer lugar no siempre existe una relación directa entre racionalidad y eficiencia. Aun aceptando que el hombre siempre se comporta racionalmente podemos encontrar casos en los cuales una conducta racional lleva a una solución ineficiente. Es decir, la tesis de Adam SMITH según la cual los individuos persiguiendo su propio interés y su egoísmo individual producen —sin tener conciencia de ello, guiados por una mano invisible— el mayor bienestar social, no es cierta siempre. Hay algunas situaciones en la vida en las cuales la racionalidad y el egoísmo no conducen a las consecuencias previstas por la teoría clásica.

El ejemplo más claro y estudiado es el dilema del prisionero. El individuo racional y egoísta que persigue sus propios intereses consigue unos resultados peores que si siguiera los intereses colectivos. El dilema del prisionero ha puesto en cuestión la relación entre egoísmo, racionalidad, eficiencia y justicia social. Desde el punto de vista de la eficiencia la imposición de unas leyes desde fuera que obligaran a la cooperación aumentaría el bienestar social e individual. Esa quiebra supone la no aplicación de la teoría económica de los mercados competitivos a importantes sectores de las relaciones sociales. La eficiencia exige la cooperación y la intervención estatal porque el egoísmo y el individualismo consiguen resultados inferiores. Es decir, si se es realmente egoísta se debe cooperar.

Me parece que el dilema del prisionero constituye un importante contraejemplo en la tesis de la racionalidad de las *doctrinas* del libre mercado. Contraejemplo especialmente valioso porque no pone en cuestión los supuestos fundamentales. No parte del presupuesto de que el hombre es irracional, sino que parte del presupuesto de la racionalidad y el egoísmo y llega a conclusiones —a través de procedimientos aceptados por la economía del libre mercado— inaceptables o contradictorias con la tesis fundamental.

Los bienes públicos

Un segundo punto de interés: los bienes públicos. Cuando Adam SMITH sostuvo la fe en la mano invisible, en la racionalidad y el egoísmo del individuo y en el resultado eficiente que producía el mercado competitivo, tenía en mente bienes privados. Un bien privado se consume y excluye a todos los demás individuos de su consumo. Por ejemplo, si tengo una manzana sólo la puedo consumir yo, o venderla o donarla. Pero el consumo —comer la manzana— excluye el de todos los demás. En otras palabras, todos los bienes deben ser estrictamente privados. Por otra parte —y esto es muy importante— la utilidad que consigue cada persona debe ser estrictamente independiente. De las utilidades de otros no se siguen nunca beneficios o perjuicios.

En cambio, en nuestras sociedades no sólo existen bienes privados, sino que también existen bienes públicos. Un bien público no es excluyente. Puede consumir un bien público sin excluir a los demás. Por ejemplo, el aire o el mar son bienes públicos. El hecho de que vaya a la playa a bañarme no excluye que los demás hagan lo propio. Las carreteras, la educación son otros ejemplos de bienes públicos que tienen efectos externos importantes.

Pero es posible que yo me beneficie del consumo de un bien público sin colaborar en su costo. Imaginemos que en un pueblo de alta montaña se quieren asfaltar las calles y todos los vecinos están interesados en ese bien público. El alcalde convoca a los vecinos y les propone la citada iniciativa siempre y cuando colaboren con los gastos que supone el asfaltado. Es posible que la mayoría de los vecinos acuerden colaborar. Sin embargo, si un vecino se comporta como hombre económico a lo Adam SMITH, debería no colaborar porque él mismo podrá usar ese bien público sin contribuir a su costo. Los recursos que no gasta en bienes públicos puede asignarlos al consumo de bienes privados. Si es egoísta y persigue su propio interés deberá simular falta de interés por el asfaltado —aunque realmente le interese mucho— porque conseguirá disfrutar de los beneficios del asfaltado sin contribuir a su coste. La racionalidad le empuja a mentir y a simular sus preferencias. A fuerza de racionalidad el mercado se arruina, es decir, si todos los individuos fueran perfectamente racionales no colaborarían (serían *free riders*) en la producción o el mantenimiento de muchos bienes públicos que hoy consideramos necesarios. De nuevo nos encontramos con una contradicción importante entre racionalidad y mercado. Las leyes del mercado imposibilitan que se desarrollen bienes públicos entre individuos racionales y egoístas. En todo caso, en las sociedades reales existen bienes públicos que no se confían a los mercados. Aquellos que se ajustan a las hipótesis de la teoría. Sin duda los

impuestos constituyen mecanismos estatales para obligar a la financiación de los bienes públicos. Para conseguir el bienestar social se requiere la intervención económica del Estado.

Las sociedades actuales no satisfacen las condiciones del mercado ideal porque en la realidad histórica los bienes públicos no sólo existen, sino que son necesarios.

Externalidades

Un tercer supuesto puede servir para demostrar sus límites. Adam SMITH, y con él la economía neoclásica, suponían que el único campo de interconexión ente los individuos era el mercado competitivo. Ahora bien, los economistas del *laissez faire* entendieron la racionalidad económica como una racionalidad paramétrica entre el individuo y el mercado. Sin embargo, esta situación difícilmente se da en la realidad. Es muy frecuente que se produzcan externalidades. Estas producen sesgos en los mercados hasta tal punto que se podría diferenciar entre los costes de los productos y los costes sociales.

Por ejemplo, si poseo una finca en un pueblo de montaña e introduzco mejoras que la hacen especialmente atractiva para el turismo lograré un posible beneficio particular —la revalorización de esta finca y una notable plusvalía—. Pero es posible que el campesino colindante —que no ha hecho nada— tenga un beneficio sin arriesgar nada —como consecuencia de mi actividad—. El valor de su terreno aumentará porque en este caso he producido una externalidad positiva y, probablemente, ciudadanos ricos se interesarán por la compra de su terreno para construir una vivienda de lujo.

Desgraciadamente las externalidades no son siempre positivas. Existen numerosos casos de externalidades negativas y la libre competencia, la formación de los precios se ve fuertemente alterada. De nuevo nos encontramos con una situación del mundo real que no satisface las hipótesis y por tanto en este caso no es aplicable el teorema. Las relaciones entre los individuos no sólo se desarrollan a través del mercado competitivo. La construcción de una autopista, de un ferrocarril, de un faro de navegación, de un puerto, de una fábrica, produce externalidades importantes que no tienen nada que ver con el mercado y que alteran sustancialmente los precios. El coste o el beneficio de la externalidad no lo paga o lo cobra quien lo produce.

Por otra parte, los individuos no están aislados. El supuesto smithiano de que el único contacto entre los individuos se produce en el mercado competitivo no se satisface en las sociedades reales. Las externalidades perturban el mercado. La textura de la sociedad es más compleja que el mercado. Precisamente por esta razón —porque la ra-

cionalidad económica en las sociedades reales no es paramétrica— se ha indagado y se está trabajando en el estudio de la racionalidad estratégica. Las conductas de los individuos no tienen como único punto de relación el mercado. Este se puede ver alterado como consecuencia de las decisiones y acciones de los sujetos económicos. Las externalidades —sean positivas o negativas— son demasiado importantes para despreciarlas.

Información asimétrica

Se da información asimétrica cuando los individuos que forman parte de una negociación no tienen el mismo acceso a la información. Vimos que uno de los supuestos básicos del mercado ideal era que la información relevante debía ser completa.

Pues bien, en los mercados reales esta condición tampoco se da. Las informaciones de los sujetos que interactúan en los mercados no son siempre simétricas. Incluso, hay cierto tipo de mercados en los cuales la asimetría de información entre los individuos que están interesados en él produce la auténtica ruina del mercado.

Un ejemplo puede ayudarnos a comprender el problema. Supongamos que en unas inundaciones del Levante español se ha producido el deterioro de todos los ordenadores personales de la ciudad de Valencia. Los reparadores de ordenadores conocen el alcance de las averías, pero el público desconoce su gravedad. La información es asimétrica porque uno sabe más que el otro. Si suponemos que hay dos clases de averías cuyos costes son diez y treinta mil pesetas y el cliente no sabe ni puede saber qué tipo de avería tiene, ¿cuál será la cantidad que se le facturará? Algunos economistas han sugerido que en estos casos de *riesgo ético todas las empresas que actúen conforme a los principios del libre mercado facturarán la cantidad superior*. Seguramente eso constituye una anomalía y aplicar el teorema a situaciones de información asimétrica es inadecuado. Obsérvese que el mercado necesita algo más que racionalidad individual para producir resultados satisfactorios. Sólo una intervención externa puede garantizar la ética profesional. De nuevo nos encontramos que la mano invisible no produce resultados aceptables.

Otro ejemplo puede servir para aclarar este punto. Imaginemos que existe un mercado de segunda mano de ordenadores personales. Los únicos que saben el estado de funcionamiento son los propietarios. Las diferencias de calidad pueden ser muy importantes. ¿Cómo se desarrollará la actividad en el mercado? A pesar de que exista interés en el intercambio, no se llevará a cabo porque no existe suficiente confianza en la calidad de los productos. Un ordenador de calidad no se vende.

rá al precio promedio de uno que esté en condiciones precarias de funcionamiento. El comprador no sabe nada sobre la calidad del producto y sólo estaría dispuesto a pagar el precio promedio. Sin embargo, el vendedor no estará dispuesto a vender un ordenador de mayor calidad a un precio inferior, y por tanto, desde el punto de vista del comprador el precio promedio sólo será para aquellos ordenadores que sean iguales o inferiores en el precio. Y si es racional, el riesgo es demasiado alto y por tanto no compra. El mercado, por tanto, no garantiza el intercambio en condiciones óptimas. Se da la paradoja de que existen personas interesadas en el intercambio, pero en las condiciones que ofrece el mercado competitivo nadie está dispuesto a intercambiar si los sujetos son racionales. La solución es exigir un control de calidad de dote de confianza al comprador. La intervención del Estado —o cualquier otro mecanismo que produzca estos efectos— es necesaria si se quiere mercado.

Los cuatro ejemplos citados especifican algunas condiciones bajo las cuales la mano invisible no funciona. De ello se sigue que para la producción de bienes públicos —como por ejemplo la construcción de carreteras, educación— lo mejor es no confiar las decisiones al mercado. En estos casos el teorema no funciona. Por tanto, toda *doctrina* económica que pase por alto los límites de la teoría económica y pretenda fundamentarse en ella es incorrecta.

Precisamente de los límites de la teoría económica surge la necesidad de tomar en consideración la oportunidad de introducir un Estado que tome decisiones para la producción de bienes públicos. El Estado no sólo tiene la función de garantizar unos derechos o salvaguardar el orden, sino también la de crear bienes públicos y la de tomar decisiones económicas en aquellas situaciones en las que el mercado no cumple las condiciones exigidas por la teoría. Cuando el mercado no funciona es necesario diseñar instituciones alternativas que canalicen estos intereses racionales y egoístas. El Estado es una de ellas, pero existen muchas otras. Algunas veces estas instituciones se generan espontáneamente porque existe la convicción de que la cooperación es beneficiosa.

Estas instituciones estarán legitimadas si las decisiones que toman acaban promoviendo el bienestar social. Cabría suponer que la mano invisible no rige sólo el funcionamiento de los mercados, sino también de las instituciones. A pesar de que las autoridades y los políticos tienen intereses egoístas —como, por ejemplo, mantenerse en el cargo, aumentar su poder, escalar en el escalafón político, favorecer a los amigos o enriquecerse—, ¿promocionan estas instituciones el bienestar social? La cuestión puede quedar abierta para ulterior reflexión.

CONOCIMIENTO JURIDICO Y TEORIA ECONOMICA

La teoría económica se ha preocupado —en los últimos tiempos— por temas jurídicos. Sus métodos de análisis, su perspectiva y sus formalizaciones son tan atractivos como incomprendidos por los juristas. Sus tesis han sido observadas con muchos recelos, no sólo por la dificultad de comprensión, sino también porque se infería —probablemente por el impacto de las *doctrinas*— una función legitimadora del neoconservadurismo político. Si en un principio el análisis económico del derecho se preocupó de los temas de responsabilidad, poco a poco, el método se ha ido utilizando en los campos de investigación más diversos como, por ejemplo, el derecho penal, el fiscal, el administrativo o el mercantil (21).

Si se mantienen las tesis de la teoría económica en sus justos límites podemos afirmar que, si bien «es una opinión universal entre los economistas —incluyendo a los marxistas— que los mercados maximizan la riqueza social» (22), en realidad existen muchas situaciones sociales que no cumplen las condiciones de los mercados y por tanto se exige la intervención del Estado y el diseño de instituciones. En otras palabras: las condiciones bajo las cuales la teoría económica tiene validez son muy restrictivas. Eso quiere decir que mundo real y mundo ideal no son idénticos y que los principios del mundo ideal sólo pueden aplicarse con cautela en el mundo terrenal.

Muchos economistas consideran que «desde un punto de vista económico, el único requisito exigible a un sistema es su eficiencia y toda cuestión moral carece de sentido» (23). Este tipo de planteamiento se ha introducido en la reflexión jurídica mediante las escuelas del análisis económico del derecho —especialmente la de Chicago—. POSNER sostiene la tesis de que «la eficiencia —tal y como la defino— es un adecuado concepto de justicia». La postura de POSNER es exagerada. Existen situaciones en las cuales las decisiones eficientes no se deben aplicar por cuestiones de equidad. Al mismo tiempo pueden existir situaciones óptimas: eficientes y equitativas.

Como ya hemos señalado, el concepto paretiano de eficiencia no coincide con el posneriano. Este último puede utilizarse en más casos. Pero al mismo tiempo incorpora nuevos problemas de compensaciones hipotéticas y por eso no ha llegado a reunir el consenso del óptimo de Pareto.

(21) Véase G. CALABRESI, *El Coste de los Accidentes*, Barcelona, Ariel, 1984.

(22) Véase R. POSNER, *The Economics of Justice*, Harvard University Press, 1981, p. 67.

(23) Véase A. SCHOTTER, *La Economía del Libre mercado*, *op. cit.*, p. 140.

Sin embargo, la exageración quizá es útil para mostrar algo que los juristas tradicionalmente ignoran. Estos se han ocupado básicamente de los problemas que ofrece un sistema legal desde la perspectiva de la dialéctica entre justicia y seguridad jurídica, mientras que han sido muy poco sensibles al análisis de los problemas jurídicos desde el punto de vista de las consecuencias, de los costes y de la eficiencia. Los problemas más importantes que se plantea el jurista son intrasistemáticos. Es decir, si en la interioridad cerrada de sus sistema existen normas incompatibles o ambiguas o lagunas o conceptos jurídicos indeterminados o derechos fundamentales.

La teoría y la filosofía del derecho no fueron insensibles a la *importancia* del análisis de las consecuencias y de los costes sociales. Todo el movimiento antiformalista de finales del siglo XIX insistió en el tema del fin en el derecho, en la necesidad de resolver los conflictos jurídicos con criterios que produjeran resultados justos y eficientes (24). Pero todas esas afirmaciones no eran nada más que propuestas metodológicas, deseos de separarse de un modelo de función social de jurista reducido a la subordinación, conservación, interpretación y aplicación de la ley. Sin embargo, no se tenían los instrumentos adecuados para convertir en realidad esa vieja aspiración.

La alusión a las consecuencias, a los costes, a la eficacia servía para distanciarse del texto de la ley. Unas ideas intuitivas sobre la justicia material —en la cual cabe cualquier tipo de consideraciones valorativas— convertían decisiones en jurídicas por caminos distintos a los establecidos en la legislación. Ahora bien, el precio de la adecuación de la aplicación del derecho a nuevas circunstancias sociales era la adulteración de uno de los principios fundamentales de todo ordenamiento normativo bien diseñado: la seguridad jurídica.

En última instancia se aludía a un concepto intuitivo de justicia material que servía para decidir. Probablemente era lo único que se podía hacer, ya que se carecía de instrumentos analíticos adecuados para el tratamiento de los temas de los costes, incentivos, consecuencias o expectativas de conducta.

Esta vieja aspiración ha sido recogida por sectores importantes de la economía que han hecho propuestas no sólo político-normativas, sino también metodológicas que no pueden ser ignoradas. En síntesis, han partido de la idea de que los criterios de eficiencia son criterios

(24) Véase por ejemplo Rv. IHERING, «La lucha por el Derecho», trad. cast. de Leopoldo Alas en *Revista de Ciencias Sociales*, núms. 10-11, p. 3, en la que escribe: «El derecho es una idea práctica, es decir, indica un fin, y como toda idea de tendencia, es esencialmente doble porque encierra en sí una antítesis, el fin y el medio. No basta investigar el fin, se debe mostrar además el camino que a él conduzca. He aquí dos cuestiones a las que el derecho debe siempre procurar una solución, hasta el punto de que puede decirse que el derecho no es en su conjunto y en cada una de sus partes más que una constante respuesta a aquella doble pregunta.»

fundamentales a la hora de diseñar las reglas de juego de una sociedad. Es decir: el derecho puede ser entendido como una idea práctica que tiende a una finalidad determinada: la eficiencia (25).

Los economistas están en condiciones de aportar métodos para el cálculo de la eficiencia social de las leyes y las sentencias. El modo de preguntar y suponer en economía es interesante aplicarlo en el estudio del derecho. Sus modelos sirven también para preguntar por qué el derecho es como es y además permiten sugerir reformas legislativas adecuadas para conseguir los objetivos. La faceta prescriptiva —prohibida por la metodología jurídica tradicional— genera problemas importantes desconocidos por el punto de vista tradicional.

DOS MODELOS DE FUNCION SOCIAL DEL JURISTA

La irrupción de los métodos económicos en el estudio del derecho supone afianzar una vieja pretensión formulada por las doctrinas antiformalistas de finales del siglo pasado.

El modelo dominante de función social del jurista es el modelo legalista coservador. La tarea codificadora supuso una importante racionalización del derecho y un desarrollo de la técnica legislativa que carece de precedentes. Se creía que el derecho era la positivización del derecho racional. El jurista se ve a sí mismo como un conservador del cuerpo de reglas ya establecido. Su función principal es conservar las reglas tal y como han sido dictadas por el legislador. Su tarea es interpretar y aplicar el derecho. La fuente por excelencia es la ley, mientras que ni la jurisprudencia ni la doctrina deben ser tenidas en cuenta como criterios de resolución de conflictos sociales. Interpretar y aplicar el derecho se concibe —idealmente— como una tarea lógico-mecánica. La ciencia jurídica debe reducirse a la descripción de las normas. La política jurídica, las cuestiones de justicia, quedan fuera del alcance del trabajo estrictamente científico-jurídico.

Este modelo conservador —consecuente con el sistema de legitimación del Estado de Derecho liberal y todavía muy influyente en la actualidad— fue objeto de crítica desde perspectivas antiformalistas. El modelo innovador concibe al jurista como un especialista en la resolución de los conflictos sociales. Entre los criterios para resolver los

(25) Dentro de esta orientación existen varias corrientes de pensamiento. POSNER, por ejemplo, mantiene una tesis muy radical en tanto considera que el criterio de la producción de máxima riqueza es el elemento fundamental de la justificación de un sistema. Véase su obra citada p. 6. La postura de CALABRESI —pionero del análisis económico del derecho— es mucho más matizada. Sostiene que el método del análisis económico es especialmente útil, pero la eficiencia no es el único criterio de justicia. Véase «Sobre los límites de los análisis no económicos del derecho», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1985, pp. 227 y ss. Véase también junto con Ph. BOBBIT, *Tragic Choices*, Nueva York, 1978.

conflictos se encuentra la ley. Pero ésta no es ni el único ni el más importante. La tarea del jurista se concibe como la de un ingeniero social. El jurista debe resolver los conflictos con justicia y eficacia. El modelo legalista conservador no sólo es inadecuado —porque es insensible al cambio social—, sino que es falso, porque en la realidad histórica decimonónica la ley no fue el único criterio utilizado para resolver los conflictos. El modelo innovador subordina el principio de la sujeción a la ley al de la resolución adecuada de los conflictos. En principio el jurista innovador se aparta de la ley cuando considera que es necesario para encontrar una solución *mejor*. Buscará auxilio en otras ciencias sociales para encontrar criterios de resolución de conflictos. El precio que debe pagar es el de la inseguridad jurídica. También se dota de mayor poder político a órganos no representativos y eso provoca problemas de legitimación.

La economía ofrece, pues, a los juristas la posibilidad de utilizar instrumentos que hacen más viable un modelo innovador (26), o en otras palabras, el jurista como ingeniero social debe tender puentes con otras ciencias sociales para que le ofrezcan criterios relevantes para diseñar instituciones, contratos, sentencias o leyes. El equilibrio entre seguridad, eficacia y justicia es importante. El modelo conservador insiste en el valor legalidad, mientras que el innovador en la justicia material. Ni uno ni otro valor pueden ser ponderantes. El equilibrio, el compromiso y la justificación enmarcan la actividad jurídica (27).

Pero eso no puede significar el abandono de los problemas de decisión jurídica al activismo judicial o al casuismo como proponen los realistas. La discusión de consecuencias y principios, la utilización de métodos que permitan analizar las reacciones de los ciudadanos o los costes económicos de las leyes no deben servir para que los ideales de seguridad, previsibilidad y certeza se diluyan. En la medida en que la doctrina afronte los nuevos problemas las respuestas serán más seguras y reiterables. Un sesgo innovador excesivo supone la concesión de poderes políticos concentrados en órganos estatales que carecen de limitación. El ideal de la sumisión del estado y de los intereses individuales a unas reglas de juego preestablecidas no puede ser abolido simplemente por razones de oportunidad.

(26) Véase el magnífico libro de B. ACKERMAN, *Del Realismo al Constructivismo Jurídico*, Barcelona, Ariel, 1988.

(27) Véase mi trabajo «Sobre la función de los juristas», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 1978, pp. 139 y ss.

ALGUNAS APORTACIONES DE LA ECONOMÍA: RACIONALIDAD Y EFICACIA

Uno de los temas fundamentales que la economía puede aportar a la reflexión jurídica es el de la *racionalidad individual*. Es plausible considerar al hombre como un individuo racional y egoísta que intenta satisfacer su interés con el mínimo coste posible. Este criterio de racionalidad del hombre no es exclusivo del campo económico: «Si la racionalidad es una característica general y dominante de la conducta social, entonces el aparato conceptual construido por generaciones de economistas para explicar la conducta del mercado puede ser utilizado también para explicar la conducta fuera del mercado» (28). Los economistas tratan de estudiar el derecho desde esta perspectiva.

Pero no sólo eso. Pues como hemos visto la racionalidad puede entenderse paramétrica o estratégicamente. La racionalidad jurídica tradicional suponía una situación paramétrica en la cual lo importante era si la ley concordaba con un principio fundamental de justicia. Eso daba como resultado la creencia en la autonomía del derecho en el sentido de que cambiando el derecho se cambiaba la sociedad. Hoy sabemos que los cambios sociales no se producen a golpe de decreto. La racionalidad jurídica no es una racionalidad paramétrica, sino estratégica. Los destinatarios de las normas reaccionan estratégicamente frente a las normas. La obediencia no está garantizada por el mero hecho de la formulación de la ley. Las normas deben incentivar a los individuos a su cumplimiento. Los legisladores deben prever las posibles conductas de los destinatarios y tomarlas en cuenta como elemento importante a la hora de producir normas. Sus decisiones deben tener en cuenta las expectativas de las reacciones de los destinatarios de las normas. Estos calculan. Toman las normas como un dato y no como la conducta a seguir. A veces las normas incentivan al incumplimiento del derecho porque los perjuicios de la sanción son inferiores a los beneficios que se siguen de su violación.

Desde este punto de vista la validez de la norma —entendida como legalidad de la formulación— no es suficiente para que una ley esté bien hecha. Si nos planteamos el problema desde la perspectiva del proceso de producción de normas —proceso en el cual la dogmática jurídica poca cosa tiene que decir— la validez es condición necesaria pero no suficiente de una buena norma. Datos externos al propio texto de la ley son necesarios. Desde la perspectiva de la ciencia de la legislación la racionalidad estratégica es indispensable. Y sobre eso la

(28) Véase POSNER, *The Economics of Justice*, Harvard University Press, 1981, p. 2.

economía tiene mucho que decir, pues es la rama más avanzada de la teoría de la elección racional.

El segundo supuesto importante. Las leyes deben ser *efectivas y eficaces*. La función de las leyes no es la de declarar simplemente principios morales o de justicia. Las leyes tienen funciones directivas y deben conseguir los objetivos que pretenden, en ese caso son efectivas. Por otra parte, el derecho puede ser visto desde la perspectiva de la eficacia en el siguiente sentido. Una norma está bien hecha si la mayoría de los ciudadanos la obedecen espontáneamente y sólo en casos excepcionales la desobedecen y en esos casos se aplica la sanción de un modo general. Una ley válida —es decir, compatible con el ordenamiento jurídico y creada legalmente— que no sea eficaz —es decir, que no se obedezca ni se aplique— tiene algún defecto grave en su diseño.

El criterio de eficacia es un criterio útil —aunque no el único— a la hora de diseñar instituciones. Y ésta es una idea fundamental para saber qué es un buen derecho. Es decir, introduce este concepto como uno de los fundamentales del derecho bien hecho. Un test de eficacia sería un buen ejercicio para comprobar la calidad legislativa. Obsérvese que cuando se habla de eficacia se hace referencia a si la norma es obedecida y/o aplicada. Ahora bien, una norma puede ser eficaz —es decir, obedecida— y, sin embargo, no alcanzar el objetivo que se pretendía. En este caso la norma también está mal diseñada porque es eficaz pero inefectiva.

EL PARADIGMA DE AUSTIN

Si prestamos atención a la doctrina jurídica dominante de raíz dogmático-normativista observaremos que el objeto fundamental de la ciencia jurídica es la descripción de las normas del derecho positivo. Una ley es juzgada desde un parámetro determinado que se denomina Justicia. BOBBIO, por ejemplo, fundamenta la distinción entre la ciencia del derecho y la filosofía del derecho en este criterio. La filosofía del derecho es un esquema de valoración del derecho positivo. Una ley es justa si corresponde con un ideal de justicia determinado. Obsérvese que la comparación se hace desde el texto a un principio normativo de justicia. No se incide directamente si esa norma se obedece o se aplica o cumple en realidad los objetivos que pretende. Sólo se piensa en la eficacia de la norma como característica general del ordenamiento jurídico. La declaración del objetivo y la concordancia de ambos —el del derecho y el de la justicia— es lo relevante. No se plantea el problema si el medio es adecuado, compatible o incompatible con el objetivo. Lo único que se plantea es la concordancia o la discordan-

cia entre texto y valor. Y eso tiene su fundamento en el proyecto epistemológico dogmático.

El saber jurídico más desarrollado y dominante partió de un programa de investigación claramente definido. Una ciencia del derecho completa debe distinguir dos problemas bien definidos. Por una parte se debe ocupar de la *ciencia de la legislación* cuyo objetivo fundamental es diseñar cómo debe ser el derecho. Frente a esta ciencia de la legislación existe otra que se denomina jurisprudencia —en el sentido de ciencia del derecho—. *La jurisprudencia* no se ocupa de cómo debe ser el derecho, sino de cómo es. AUSTIN estableció ese programa con precisión y toda la ciencia dogmática del derecho se ha preocupado fundamentalmente del problema de la descripción del derecho. El saber jurídico más desarrollado ha insistido en dos puntos importantes: *Primero*, que las cuestiones científico-jurídicas son fundamentalmente de descripción objetiva de las normas del ordenamiento jurídico. *Segundo*, que la justificación del derecho es metajurídica que se debe relacionar con la filosofía y especialmente con la ética normativa. Pero ésa no es la tarea del científico del derecho, sino del político.

ABRIENDO EL PARADIGMA. HACIA LA CIENCIA DE LA LEGISLACION

La propuesta de la teoría económica de utilizar el criterio de eficiencia para el estudio de problemas jurídicos puede servir para ampliar el universo del discurso jurídico y evitar el reduccionismo normativista. Especialmente interesante es su visión desde el punto de vista de la ciencia de la legislación. Si el legislador se plantea el problema de una nueva decisión el normativismo sólo le puede ofrecer —en el mejor de los casos— una técnica puramente jurídica, es decir, de cómo se deben articular e integrar las normas en el conjunto del ordenamiento. Pero éste es sólo una variable importante que determina la solución. El legislador también se plantea si esa medida es justa o injusta. En este caso compara el texto de la norma con un ideal, un valor. La ley es el instrumento que sirve para alcanzar esos objetivos. Pero no se estudia si ese medio, ese instrumento es el adecuado para conseguir los citados objetivos. Y ése es un problema fundamental de la ciencia de la legislación. Los métodos jurídicos consisten —hoy por hoy— en una buena intuición de la justicia y una buena declaración de principios junto con una construcción normativa intuitivamente adecuada y consistente con el ordenamiento normativo. Pero no nos engañemos, muchas veces los resultados de la ley —la conducta social— no se ajusta a los objetivos de la ley. Se parte del presupuesto de que la ley es buena porque corresponde a un ideal de justicia. No se tiene

en cuenta que los individuos que están sometidos a esta ley pueden reaccionar con conductas distintas y contradictorias a los objetivos de la ley. La interacción entre ley y destinatario no es un dato relevante. A veces parece como si las leyes no tuvieran el objetivo de dirigir la conducta de los ciudadanos, sino simplemente de asignarles objetivos «morales». Otras veces las leyes se obedecen mayoritariamente y, sin embargo, son *inefectivas* porque no cumplen los objetivos porque el instrumento legislativo es inadecuado para alcanzar la finalidad o porque están mal diseñadas.

Los conceptos de efectividad y eficacia pueden prestar especial auxilio a una concepción de la tarea de la ciencia de la legislación hasta ahora excesivamente intuicionista y subjetiva. Una buena ley no es aquella que señala unos objetivos justos, sino aquella que *además* los consigue. La tarea de dirección social no se puede reducir a declaración de buenas intenciones. Una condición importante que debe tener presente un buen legislador es que incentive a los ciudadanos a su cumplimiento y que en la realidad social se cumpla (eficacia). Otra condición es que el medio sea adecuado para alcanzar el fin (efectividad). Por último, este medio debe ser el que cueste menos (eficiencia).

La tradición normativista no ha considerado ni la eficacia ni la eficiencia como los valores fundamentales a tener en cuenta a la hora de diseñar las instituciones. La conducta social, la reacción de los ciudadanos, pueden invalidar las buenas intenciones del legislador. *Lo importante de una ley no es sólo lo que pretende, sino lo que consigue. La ley no sólo debe tener un valor simbólico.*

Y aquí conviene detenerse brevemente. Hemos utilizado tres conceptos diferentes que son importantes para el diseño de leyes e instituciones y que están profundamente relacionados. Por una parte, la *validez* de las normas es una propiedad de las mismas que permite identificar su pertenencia al sistema jurídico. En principio, una norma es válida si ha sido creada legalmente y no ha sido derogada. Junto a la validez hemos tratado de otro concepto —no formal—, que hemos llamado *eficacia*. Una norma es eficaz si se obedece de forma generalizada o bien se aplica. El estudio de la validez del derecho es feudo de la dogmática jurídica. El dogmático se pregunta cómo debe ser la conducta según el ordenamiento jurídico mientras que no tiene instrumentos adecuados para estudiar cómo es la conducta social. El derecho válido es distinto al derecho eficaz. El estudio de la eficacia de la norma —es decir, la conducta social jurídica y de las interrelaciones entre derecho y sociedad— es el objeto de la sociología jurídica. Los criterios de validez y eficacia son independientes, de tal forma que una norma puede ser válida sin ser eficaz. Por ejemplo, la norma del Código de la Circulación que prohíbe circular a más de 120 km/h. por autopista no se obedece mayoritariamente y el riesgo de sanción es mínimo. Es

una norma válida y sin embargo ineficaz porque ni se obedece ni se aplica la sanción más que excepcionalmente.

Pero junto a estos dos conceptos clásicos —que la tradición jurídica nos ha legado— convendría introducir dos más importantes. El primero hace referencia a los fines. Las normas pretenden conseguir unos objetivos. Es posible que una norma sea válida y sea también eficaz —es decir, sea compatible con el ordenamiento y pertenezca a él, y además sea obedecida mayoritariamente o aplicada en el caso excepcional que se viole— y sin embargo no consiga su objetivo. Probablemente esta norma está mal diseñada porque la conducta social ajustándose a lo prescrito por la norma no tiene como resultado el objetivo que pretende el legislador. Por ejemplo, supongamos que un gobierno pretende conseguir el objetivo de disminuir el consumo de carburantes y para lograrlo dicta una norma que prohíbe sobrepasar los 60 km/h. en cualquier vía pública. Supongamos que los ciudadanos obedecen la norma. A pesar de que no se infringe nunca esta norma el objetivo del gobierno —la reducción del consumo— no se consigue porque se producen tales atascos en ciudades y autopistas que el consumo aumenta un 10 por 100. La norma será válida y eficaz porque se ha dictado por un órgano competente y se ha obedecido, pero no habrá sido efectiva porque el medio no era adecuado para conseguir el fin.

IHERING señalaba hace casi un siglo que el derecho era una idea práctica que tendía a un fin, que los medios y el fin están inseparablemente unidos. En realidad, un fin puede conseguirse —en muchas ocasiones— a través de medios distintos. Una norma es *efectiva* si consigue el objetivo que pretende. Una norma es *eficiente* si consigue este objetivo con el mínimo coste posible. La efectividad hace referencia al fin, mientras que la eficiencia hace referencia al medio más adecuado, al mínimo coste social. Obsérvese que la eficacia no es condición necesaria de eficiencia. Una norma puede ser obedecida y sin embargo no ser efectiva porque consigue un objetivo distinto al que pretendía el legislador. Este debe tener en cuenta no sólo los valores, sino también cuál es la conducta —es decir, la reacción de los individuos ante la ley— y ajustar la norma lo suficiente para que sea eficaz, efectiva y eficiente. Si existe un salto demasiado importante, entonces la ley será útil o tendrá meramente un valor testimonial. *No debe olvidarse que el diseño de una norma no supone una racionalidad paramétrica, sino estratégica.* El legislador no sólo debe preocuparse de la justificación política y ética de las normas, ésa es una condición necesaria pero no suficiente de una buena ley. También debe prever cuál va a ser la reacción del ciudadano y no puede suponer que el espíritu del derecho por sí mismo incentiva las conductas de los ciudadanos a la obediencia. Existen otros incentivos, a veces mucho más atractivos, para desviarse del derecho.

Por acabar con otro ejemplo, a veces los ciudadanos prefieren las sanciones jurídicas porque éstas son más beneficiosas que los costes del cumplimiento de la ley. Hace algunos años en un pueblo del cinturón industrial barcelonés se empezaron a construir tres fábricas. El pueblo carecía de cloacas y las empresas debían contratar un servicio de coches-cuba para el vaciado de sus depósitos de detritus cuyo coste era de 10.000 pesetas semanales. Un día un empresario —cansado de pagar facturas— decidió lanzar los detritus a la carretera. El Ayuntamiento le impuso la sanción reglamentaria de 500 pesetas. A partir de aquel momento las tres fábricas inundaron la carretera de detritus porque les salía más barato infringir la norma que contratar el servicio de vaciado en una época en que no se planteaba la conciencia ecológica. La norma es válida y eficaz —porque se aplica la sanción— pero incentiva a los ciudadanos al incumplimiento. Si la sanción fuera de 11.000 pesetas probablemente la conducta de los empresarios sería distinta. Cuando la conducta social no se ajusta a la norma puede existir un defecto en el diseño de la norma porque los ciudadanos reaccionan ante las normas con conductas que no siempre se ajustan a ellas. Los ciudadanos pueden considerar la norma como un dato relevante a la hora de tomar decisiones, pero pueden existir otras razones que incentiven las conductas antijurídicas.

Si se aceptan las sugerencias expuestas, la decisión del legislador no estará únicamente determinada por la bondad ética de un principio, sino también por su realizabilidad, su cumplimiento, su coste y su observancia generalizada. A veces una ley con objetivos menos ambiciosos llega a resultados superiores porque los ciudadanos se sienten incentivados a su cumplimiento y porque la sociedad es capaz de sufragar el coste que supone. Creo que no es necesario insistir en los casos muy frecuentes de leyes que proclaman objetivos sin establecer los medios presupuestarios para alcanzarlos.

La optimización de la formulación de la ley supone pasar el test de racionalidad comunicativa, lógica, programática, técnica y ética. Supone, por tanto, la colaboración entre diversas disciplinas sociales. Ninguna de ellas por sí sola es capaz de conseguir el objetivo. Los estudios interdisciplinarios son necesarios si el objetivo es la racionalización (29).

Pero hay otro punto que conviene destacar. Desde el punto de vista ontológico una ley tiene que tener un mínimo de eficacia. Una ley que no es obedecida ni aplicada es una apariencia de ley. Una ley que consigue objetivos distintos a los que pretende es además una mala ley.

(29) La ciencia y la técnica de la legislación son disciplinas distintas. Convendría sin embargo poner de manifiesto que algunos autores han señalado que estas disciplinas tratan de enmascarar la crisis del derecho actual. Creo que el esfuerzo por racionalizar la tarea legislativa no debe ocultar otros problemas de envergadura.

Como objeto de una teoría descriptiva de normas sólo podemos tener en cuenta aquellas leyes que inciden sobre la conducta de los ciudadanos. Los juristas a veces han acudido a los preámbulos de las leyes, a las intenciones del legislador o a la voluntad de la ley para adecuar la norma a la realidad social en base al principio de la racionalidad del legislador. Pero obsérvese que todo ello se hace en base a buenas intuiciones pero poco seguras y reiterables.

Si diseñáramos un derecho ideal —que no corresponde a la realidad social— me parece que deberíamos exigir, por una parte, que las leyes consiguieran los objetivos que pretenden. En segundo lugar, que existieran garantías de ciertos derechos inalienables. En tercer lugar, que los ciudadanos tuvieran seguridad jurídica. Pues bien, el arsenal conceptual de los economistas puede ser utilizado para conseguir un derecho bien hecho desde la perspectiva de la eficiencia. Pero un derecho eficiente no es necesariamente justo. La eficiencia no es el único criterio, sino uno de los criterios básicos de un buen derecho. Además de eficiente un buen derecho no debe ser contradictorio, debe transmitir con claridad sus prescripciones, debe ser obedecido y aplicado, debe conseguir los objetivos que pretende, con el mínimo coste y además estos fines deben estar justificados éticamente.

El paradigma normativista debe ser mejorado. Las cuestiones de política legislativa son de importancia y en ningún caso pueden dejarse fuera del análisis. Las ideas de discreción judicial, de la aplicación de criterios de justicia material —típicas de los juristas en los casos difíciles— deben dejar paso a la necesaria racionalización y discusión. No niego la importancia de las decisiones intuitivas. Pero las intuiciones no son suficientes para fundamentar decisiones porque un ordenamiento jurídico no puede estar a merced de criterios subjetivos. Quien se base en ellos está sacrificando principios fundamentales como son los de legalidad, seguridad e irretroactividad. Todos ellos conquistas históricas importantes.

Y una última cuestión. La aportación de la teoría económica al estudio de estos temas no implica que ésta pueda resolver con unos criterios lexicográficos las controversias. He insistido en sus límites para que no se interprete mi argumento como el redescubrimiento de la piedra filosofal. Me parece que si contribuye a distinguir problemas y a plantear criterios de solución y, en muchos casos, a poner de manifiesto la incompatibilidad de criterios, eso ya constituye un paso importante.

CONCLUSIONES

Inicié este trabajo señalando que las argumentaciones de los economistas son radicales. Los economistas acostumbran a traducir todos los problemas en términos dinerarios. Eso puede ser aceptable cuando

tratamos de naranjas y manzanas, pero es mucho más difícil de precisar cuando están en juego valores como la vida o la integridad física.

La preocupación fundamental de nuestra profesión jurídica ha sido —por lo menos hasta épocas muy recientes— equilibrar la seguridad jurídica con unos criterios de justicia determinados que varían con la historia. El sistema jurídico está pensado como un sistema de derechos, es decir, quién tiene y quién carece de razón. Exige una reflexión desde las premisas, es decir, desde la ley, y referirse continuamente a ella. El sistema jurídico piensa en el vencedor de un pleito, en el que tiene razón porque está justificado sea en los textos legales, sea en la justicia del caso o en principios.

El normativismo ha supuesto un avance importante en la comprensión de la estructura normativa del derecho, las relaciones entre las normas, la jerarquía de esas relaciones y la problemática de la interpretación. Sin embargo, el normativismo —en sus versiones más sofisticadas como las del último KELSEN o HART— cuando se encuentra ante casos difíciles recurre a conceptos tan ambiguos como la discreción o el activismo judicial. En este punto la metodología normativista confunde diversos planos e impide la disección y el análisis de los diversos componentes de la idea de justicia. La discusión de problemas difíciles es útil para la construcción de criterios y la elección entre ellos. Pero la elección no puede ser confiada a la subjetividad, a la discreción del intérprete, porque estaríamos sacrificando la previsibilidad del derecho.

La propuesta de los economistas —y especialmente de las escuelas más radicales— es analizar el derecho desde el punto de vista de la eficiencia. La crudeza del planteamiento no implica el abandono de la luz que puede ofrecer —luz importante— para la resolución de los conflictos sociales. Un sistema institucional adecuado para resolverlos no debe estar mirando al pasado, sino al futuro, a los problemas que se plantean en la sociedad. Los sistemas institucionales jurídicos están basados en quién tiene derecho, en quién tiene razón. El problema —o mejor no todo problema— se resuelve mediante el criterio del todo o nada. Por eso precisamente el tener como *variable* importante el del mínimo costo social, el de la eficacia, es una exigencia a tener en cuenta.

Poner el acento en la eficiencia no quiere decir dar la preeminencia a este valor sobre todos los demás. Vuelvo a insistir sobre este punto porque el derecho no sólo debe conseguir unos objetivos a un coste mínimo, sino que además esos objetivos deben ser justificables. El valor eficiencia es importante, pero hay otros más importantes aún. La legalidad, la previsibilidad, la seguridad jurídica, la irretroactividad de las leyes y tantos otros principios jurídicos. Lograr el equilibrio entre esas fuerzas contradictorias es el objetivo de todo legislador racional.

Y sobre la eficiencia quisiera hacer algunas precisiones. *La primera*, la eficiencia no puede identificarse con mercado libre siempre y en todo lugar. Hemos visto cómo los límites de la teoría económica justifican una actividad estatal externa al mercado. Justifican, por tanto, la intervención estatal y otro tipo de instituciones que no son de mercado.

La segunda. Dentro de la reflexión teórica del bienestar se distingue entre eficiencia y equidad. Presuponiendo la moralidad del criterio de eficiencia, a veces mercado y eficiencia no van de la mano (30). Las relaciones inversas entre eficiencia y equidad —justicia— deben equilibrarse. En síntesis, una sociedad eficiente puede ser una buena sociedad. La equidad y la seguridad podrían ser vetos a la eficiencia tal como nos sugiere CALABRESI.

Llegados a este punto quisiera establecer algunas conclusiones:

La crisis del estado del bienestar no es sólo una crisis de cantidad de normas y de proliferación de normas particulares, sino también una valorativa. Se produce un desequilibrio entre objetivos sociales y derechos individuales que exige una reconstrucción valorativa.

La administración pública, por otra parte, se ve sometida a una fuerte presión. Una de las fórmulas que legitiman su actividad es la eficacia en la gestión de los servicios públicos y en la construcción de un marco legal que incentive la producción de riqueza social. Dentro de esa dinámica interventora la producción de normas debe dejar de ser intuitiva. Las técnicas sugeridas, los cálculos a realizar, pueden aconsejar dictar únicamente las leyes que tengan una seria probabilidad de alcanzar su objetivo, de ser obedecidas de una forma mayoritaria y ser además justificables éticamente. Para eso es preciso introducir niveles de tecnificación desconocidos. Será necesario introducir modificaciones en la forma de dictar las leyes —en su vertiente lingüística y jurídico-formal— para que sea posible la informatización documental. Pero no sólo eso, utilizar criterios como previsión de conductas, incentivos, costes, justificaciones, son elementos imprescindibles para la planificación legislativa. Observar la conducta social jurídica como un dato que refleja valores y comparar esos valores con los del derecho y analizar por qué existe discordancia, supone, también, crear mecanismos para reflexionar sobre la imperfección del derecho y en último término mejorarlo.

La eficiencia es un componente de la idea de justicia, pero no es el único criterio de justicia. Difícilmente podríamos calificar de justo un sistema totalmente ineficiente o una sociedad que despilfarrara recursos básicos que cubren necesidades básicas. Pero los criterios de efi-

(30) Véase GAUTHIER, *op. cit.*, p. en la que sostiene que la moralidad surge como restricción de los intereses individuales porque el mundo real no es un mercado ideal.

ciencia no son los únicos a tener en cuenta para calificar un sistema de justo. Junto a la eficiencia, los derechos y los objetivos colectivos ocupan un lugar importante. Un sistema institucional imprevisible e inseguro no puede ser calificado de justo. Pero un sistema muy ineficiente tampoco. La creación de riqueza es imprescindible para su futura distribución. Una administración que asigne los recursos ineficientemente es también una administración injusta.

La reconstrucción del equilibrio entre la intervención económica eficiente y la salvaguardia de los derechos no puede verse como una lucha entre gremios profesionales —economistas y juristas—. Una postura excesivamente eficientista tiende a crear numerosos problemas en la esfera de los derechos. Una postura excesivamente garantista inmoviliza la cooperación social. Uno de los grandes retos del futuro consiste precisamente en el encuentro de un punto de equilibrio —distinto al liberal— y que incorpore además algunas conquistas históricas en el terreno de los derechos individuales y sociales.

Junto a esto, la tecnificación de la legislación pasará a ser una tarea prioritaria. Si nos preguntáramos sobre las técnicas que en realidad se utilizan para legislar, los test que se utilizan para comprobar la compatibilidad de la nueva norma con el ordenamiento o la claridad lingüística, o las previsiones presupuestarias para que se actúe la ley, me parece que quedaríamos sorprendidos del atraso de nuestro conocimiento y de nuestra práctica en la tarea de legislar en comparación con los test de calidad de leyes que se han llevado a cabo en Estados Unidos o Alemania.

Observar el fenómeno jurídico desde el punto de vista de la eficiencia puede ser especialmente útil para la construcción de una política jurídica que alcance sus objetivos. Los instrumentos jurídicos pueden ser eficientes o no. Un legislador no sólo está preocupado por establecer un modelo ideal hacia el cual debe tender la sociedad, sino que también está preocupado por los *mejores* caminos que conducen a este objetivo. Y, por supuesto, debería estar muy atento a si sus propuestas son aceptadas en la esfera de la conducta social. En caso negativo debe preguntarse por las razones que incentivan a los ciudadanos a desviarse de la ley, y actuar en consecuencia.

