

# InDret

## *Clave de bóveda*

*Recensió a: Steven Shavell. Foundations of Economic Analysis of Law.  
The Belknap Press of Harvard University Press. Cambridge,  
Massachusetts. London, England, 2004.*

**Pablo Salvador Coderch**  
Facultad de Derecho  
Universitat Pompeu Fabra

**Fernando Gómez Pomar**  
Facultad de Derecho  
Universitat Pompeu Fabra

Working Paper n°: 212  
Barcelona, abril de 2004

[www.indret.com](http://www.indret.com)

## *Sumario*

1. ¿Qué efectos económicos tiene el derecho?
2. En el principio, la propiedad
3. Prevención, accidentes y reglas de responsabilidad
4. La teoría económica del contrato: la eficacia del rigor retrospectivo
5. Litigación y derecho procesal
6. Aplicación del derecho y derecho penal : recorriendo la senda de Bentham
7. La estructura del Derecho
8. Justicia frente a bienestar
9. Conclusión

## 1. ¿Qué efectos económicos tiene el derecho?

Steven Shavell, catedrático de análisis económico del derecho de la facultad de derecho de la Universidad de Harvard resume toda una vida profesional volcada al *Law & Economics* en una obra, cuyo título –*Fundamentos*– da idea cabal de su contenido: el lector encontrará en ella predicciones y explicaciones fundadas sobre los efectos económicos del derecho y sobre qué regla jurídica sería preferible desde el punto de vista de la eficiencia económica. Así, podemos preguntar: ¿qué consecuencias tienen las distintas reglas sobre adquisición originaria de la propiedad?, ¿bajo qué condiciones es preferible la propiedad pública a la privada?, ¿por qué no otorgar un premio a los inventores en lugar de concederles patentes?, ¿por qué no es una buena idea aplicar a rajatabla el principio *pacta sunt servanda*?, ¿por qué se empeñan en pleitear gentes que podrían haber transigido una controversia a menor coste que el proceso?, ¿qué sanciones son preferibles, las monetarias o las no monetarias?, ¿cuál es la sanción óptima?, ¿qué significa delincuencia marginal?, ¿hay Justicia más allá del bienestar?.

En *Foundations*, Shavell da cumplida respuesta a estas preguntas y a muchísimas otras: en las casi setecientas páginas de texto del libro, el autor pasa revista al esfuerzo de análisis racional del derecho más completo y logrado de la segunda mitad del siglo XX y, desde luego, a uno de los pocos de entre los muchos iniciados en la década de los sesenta –y en las siguientes– del siglo pasado que continúan pujantes en el presente. Aunque confesamos y prevenimos que la aventura de leer el libro recuerda a una vuelta ciclista, creemos haber superado la última etapa de la prueba con la seguridad de haber pasado revista a un sinnúmero de buenas razones que serían difíciles de encontrar reunidas no ya en un solo libro escrito por una sola mano –como aquí es el caso– sino en bastantes docenas de ellos o en centenares de artículos del mejor análisis económico del derecho: quien tenga alguna familiaridad con la materia, no la considere intrínsecamente exorcizable y ansíe, por último, disponer del capital dialéctico que está claramente al alcance de las veinte últimas promociones de graduados por cualquiera de las diez mejores facultades de derecho del mundo deberá leer este libro. Aunque hay otros parecidos –desde el clásico manual de Richard Posner<sup>1</sup> hasta el de Bob Cooter y Thomas Ulen<sup>2</sup>– pasando por los de David D. Friedman<sup>3</sup>, y Hans-Bernd Schäfer y Claus Ott<sup>4</sup>, –, el de Shavell es destacable por su implacable potencia analítica y su desbordada exhaustividad. Mas también, advertimos de nuevo, por su árido rigor y por su manifiesto menosprecio del derecho en acción: Shavell es un brillante economista, no un *lawyer-economist* y *Foundations* es la némesis descarnada de un buen *casebook*. Aunque Steven Shavell es catedrático en Harvard y de su facultad de derecho desde no sabemos cuándo, el legado de Christopher Columbus Langdell (1826-1906), decano de la Harvard Law

---

<sup>1</sup> Richard POSNER, *Economic Analysis of Law*, 6th ed., New York Aspen, 2003.

<sup>2</sup> Robert COOTER/Thomas ULEN, *Law and Economics*, 4th ed., Pearson, Addison Wesley, 2004.

<sup>3</sup> David D. FRIEDMAN, *Law's Order, What Economics Has to Do with Law and Why It Matters*, Princeton University Press, New Jersey, 2000.

<sup>4</sup> Hans-Bernd SCHÄFER/Claus OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 3. überarb. und erw. Aufl., Springer, Berlin, 2000.

School e inventor del método del caso<sup>5</sup> parece no haberle impresionado en lo más mínimo. Shavell aplica al derecho el rodillo riguroso de la microeconomía y de la economía del bienestar neoclásicas sin prácticamente consideración alguna por los casos de la ley. En este sentido, *Foundations* tiene los defectos de sus cualidades: de entre los analistas económicos del derecho de su generación, Shavell, nacido en 1946, es probablemente el mejor matemático, circunstancia que en más de una ocasión le complace poner de manifiesto en las notas del libro sin que ello dificulte en ningún supuesto su inteligibilidad a los lectores refractarios al álgebra.

Al sesgo analítico y a la magra consideración del derecho en acción se suma la concentración del esfuerzo en los temas predilectos del análisis económico del derecho tradicional: propiedad, responsabilidad civil, contratos, proceso civil y derecho sancionador. A éstos, que ocupan las tres cuartas partes del libro, añade el autor una síntesis de sus mejores trabajos sobre teoría general de la aplicación -*enforcement*- del derecho y, finalmente, un resumen de su reciente y polémico libro, coescrito con Louis Kaplow y titulado *Fairness versus Welfare*<sup>6</sup>. A nadie se le puede pedir más.

Este libro -como, por otra parte toda la obra de Steven Shavell- está presidido por una única y obsesiva *leitende Idee*, la de prevención (*deterrence*): Shavell es quizás el último gran representante de una generación de analistas económicos del derecho que sitúa la prevención, graduada de acuerdo con los cánones de la microeconomía neoclásica ante el comportamiento inexorable por lo racional de los agentes sociales, como la clave de bóveda del sistema. Ello otorga al conjunto coherencia y completud, pero también limita su utilidad práctica. La grandeza de Shavell reside en la simetría de su proyectado edificio, majestuoso y armónico hasta el extremo. Pero como suele suceder con las grandes catedrales, nadie vive en ellas.

De ahí, una última observación general: si Shavell no es ningún *lawyer-economist*, como en cambio Richard Posner, tampoco es proclive a la consideración de las normas sociales o a la complicación que la mejor psicología ha venido a añadir al análisis neoclásico, como han realizado Bob Cooter, Cass Sunstein o Robert Ellickson: la parte V del libro, dedicada a la teoría general de la aplicación del derecho, es una generalización de la teoría de la responsabilidad basada en la prevención que llena la parte II. Ello da a la obra este sesgo preventivista del que estamos hablando, que algunos podrán criticar, pero que tiene una ventaja indiscutible: hasta en su unilateralidad, el rigor analítico de *Foundations* resulta tan descomunal que los lectores del libro podrán luego edificar a su gusto sobre fundamentos tan sólidos.

Si en el *Law and Economics* cabe hablar de una teoría pura, hela aquí. Y se expresa con una fidelidad a ultranza a los postulados y a los medios de la economía del bienestar, desdeñando los atajos, las ilustraciones, los desvíos, los adornos del armazón teórico. Por no haber, no hay ni facilidades de comprensión para el lector en forma de presentación gráfica de los argumentos (no hay una sola figura en las casi setecientas páginas), ni tampoco concesiones a la terminología,

---

<sup>5</sup> Christopher Columbus LANGDELL, *Selection of Cases on the Law of Contracts*, 1st ed.: Boston, 1870; 2<sup>nd</sup> ed.: Little, Brown and Company, Boston, 1877.

<sup>6</sup> Steven SHAVELL/Louis KAPLOW, *Fairness versus Welfare*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 2002.

más intuitiva en cierto modo, de la teoría de juegos (aunque los resultados expuestos, con frecuencia, no son sino equilibrios en interacciones estratégicas). Veamos, pues, a la mejor teoría económica en acción.

## 2. *En el principio, la propiedad*

Tras una breve Introducción –capítulo 1- sobre el concepto y funciones del análisis económico del derecho, Shavell dedica la primera parte (I) del libro, capítulos 2 a 7, a la propiedad o, mejor dicho, a los derechos de propiedad sobre cualesquiera recursos económicos. Hoy en día, el tema no es polémico: ya nadie quiere abolir la propiedad privada, sino –a lo sumo- controlarla y decidir, como preguntaba retórico hace un momento, cuándo conviene que un recurso quede en manos de los poderes públicos o pase a ellas. Para uno de nosotros, ¡qué lejos quedan los tiempos de mi juventud, cuando más de uno de mis distinguidos colegas me miraba compasivo y de medio lado por haber resuelto dedicarme a explicar la propiedad privada!. Shavell, por si acaso, arranca contando al lector que, en ausencia de derechos de propiedad, las gentes suelen trabajar menos de lo que sería socialmente deseable –salvo que deban hacerlo para subsistir porque, entonces, aún podría resultar que trabajaran más si les arrebatan los resultados de su esfuerzo -. No dedica más allá de una docena de páginas a la vieja gran cuestión. Hace bien: los tres mil componentes de la Asamblea Popular Nacional China sancionaron el pasado 15 de marzo de los corrientes, casi contemporáneamente a la publicación de *Foundations*, una enmienda al art. 13 de la Constitución de la República Popular China, enmienda que reza: “*The lawful private property of citizens shall not be encroached upon. The state protects by law the right of citizens to own private property and the right to inherit private property...*”. Ha caído otro telón legal. Acaso el último.

Aunque las reglas del Código Civil sobre la ocupación como modo originario de adquisición de la propiedad se suelen considerar un ejercicio dialéctico puramente académico, es obvio que la sociedad tiene interés en que la gente encuentre cosas, es decir, que se ponga a buscarlas, pero sólo si el coste de hacerlo así está justificado por el incremento en la probabilidad del hallazgo. Mas si muchos, enfebrecidos por la posibilidad de encontrar una mina, emprenden una carrera en su busca, es también evidente que, enseguida, los unos molestarán a los otros y que una regla que estableciera que el primero en el hallazgo adquiere la propiedad del objeto de que se trate (*Finders-keepers rule*, véase art. 610 del Código Civil español de 1889) no sería una buena idea: como indica el autor (pp. 34 y ss.) la mayor probabilidad derivada de mi incorporación al ejército de buscadores debe descontarse con la consiguiente reducción en la de que los demás tengan éxito. Por eso, los arts. 611 y ss. del viejo Código español de 1889 matizan el principio general establecido en su art. 610.

El análisis sigue con una carnosa discusión de las ventajas e inconvenientes de los registros públicos de derechos de propiedad (pp. 46 y ss.) que, en breve espacio, sintetiza con maestría las razones de los registradores y muestra cómo los beneficios individuales de los propietarios no coinciden con los sociales, pues un registro que garantice titularidades facilita el tráfico de los recursos objeto de aquéllas, pero además, desincentiva su sustracción ilegal: el candidato a ladrón

sabe que deberá dar muchas explicaciones si dan con él y con el objeto que ansía robar, pero que está a nombre de un tercero; además, el valor de la cosa que pretende sustraer disminuye mucho, pues poseyéndola se delata y no le resultará fácil enajenarla por su valor de mercado (blanco). Hay otras ventajas conocidas asociadas a los registros, pero Shavell llama la atención de la circunstancia de que un propietario individual valorará la primera circunstancia mucho más que la segunda, sobre todo, si cree que nunca será víctima de una sustracción ilegal.

Con similares brillantez y concisión se analizan los derechos a la herencia (pp. 59 y ss.) y la usucapión (*adverse possession*): ¿qué sentido tiene la usucapión extraordinaria? Alguno, pues sus requisitos requieren una posesión en concepto de dueño, pacífica, pública y continuada durante largo tiempo, circunstancias que limitan mucho su ámbito de aplicación, pero que permiten rentabilizar bienes baldíos.

El capítulo 5, pp. 77 y ss., se dedica a la discusión, clásica, sobre las externalidades y el teorema de Coase. La presentación que realiza Shavell da razón de cuarenta años de análisis sobre la materia sin perderse en abstracciones: ¿por qué, pregunta, por ej., en pp. 96-97, un mercado de derechos a ensuciar es peor solución que otro sistema de impuestos ecológicos cuando, en ambos casos, el Estado disponga de información imperfecta sobre los costes sociales de la polución? La pregunta, *de rigueur* en cualquier análisis serio de la cuestión, encuentra una respuesta obvia que requiere haber leído, sea a Shavell, sea la rica literatura sobre el tema: si el Estado está mal informado acerca de los costes de la polución, errará en la fijación de la cantidad total de suciedad admisible por lo que la fijación de su montante será inadecuada. Pero si recurre a impuestos ecológicos, no sólo conseguirá una distribución de la polución entre las empresas socialmente deseable –pues las que tengan a su alcance soluciones limpias a menor coste que el impuesto lo harán sin duda-, sino que además la cantidad total de polución será la apropiada socialmente, pues las empresas mismas resolverán polucionar o no tras haber comparado los costes de no hacerlo –que ellas mismas conocen bien- con los del impuesto o canon de que se trate.

El capítulo 6, pp. 110 a 136, sobre la propiedad pública, comienza explicando las razones de la existencia de ésta última –básicamente la noción de bienes públicos (*public goods*)- para pasar luego a resumir la discusión canónica sobre la expropiación forzosa y, en particular, sobre la conveniencia o no del pago de un justiprecio a los expropiados. Siguiendo el hilo de la famosa aportación de Lawrence Blume, Daniel L. Rubinfeld y Perry Shapiro<sup>7</sup>, Shavell se pregunta por qué el Estado ha de asegurar a los propietarios contra el albur de la expropiación y concluye casi suspendiendo el juicio: en ciertos ejemplos de iniciativas gubernamentales que pudieran considerarse como cuasiexpropiatorias (*regulatory takings*), es racional no indemnizar, pero en otros lo contrario puede serlo, “*In any case, the main point is that one can analyze the government’s actions using the framework described*” (pp. 135-136). A veces, detener la edificación del argumento en los fundamentos tiene inconvenientes: a veces, el *todo vale* resulta insuficiente.

---

<sup>7</sup> Lawrence BLUME, Daniel L. RUBINFELD y Perry SHAPIRO, “The Taking of Land: When Should Compensation Be Paid?”, 99 *Quarterly Journal of Economics* 71 (1984).

El capítulo 7 y último de la primera parte del libro recoge en algo menos de cuarenta páginas, pp. 137 a 174 el ABC de la discusión sobre derechos de propiedad e información. Junto con los trabajos clásicos de William M. Landes y Richard A. Posner<sup>8</sup> constituye un candidato claro a cualquier colección de lecturas de iniciación al derecho de la propiedad intelectual e industrial, pero sólo si el lector no prefiere recurrir a la obra más extensa y muy reciente de los autores citados<sup>9</sup>.

### 3. Prevención, accidentes y reglas de responsabilidad

La Parte II, capítulos 8 a 12 -pp. 175 a 288- de *Foundations* cubre el análisis de las reglas de responsabilidad civil, tópico por antonomasia del análisis económico del derecho privado y que encuentra en esta ocasión una muy ajustada síntesis de lo que han sido cuarenta años largos de reflexión sobre la materia. Aunque mucho ha llovido desde las intuiciones geniales de juristas como Guido Calabresi<sup>10</sup> o Pietro Trimarchi<sup>11</sup>, desde las primeras formalizaciones de Richard Posner<sup>12</sup> y John Prater Brown<sup>13</sup> o desde la obra ingente publicada por el mismo Steven Shavell durante la década de los años ochenta<sup>14</sup>, si nos paramos a repasar por un momento la historia de la literatura del análisis económico de la responsabilidad civil, enseguida comprobaremos que muy poco ha cambiado realmente desde las dos grandes síntesis de William Landes y Richard Posner (*The Economic Structure of Tort Law*) y de Steven Shavell (*Economic Analysis of Accident Law*) publicadas ambas el mismo año de 1987 en las prensas de la Harvard University Press.

De nuevo, las más de cien páginas que Shavell utiliza para exponer la teoría básica de la prevención y sus desarrollos en las reglas de la negligencia y la responsabilidad objetiva, así como la contribución de los seguros al mejor tratamiento de los problemas de los accidentes suscitan la duda sobre las limitaciones de un modelo que, tal vez, es víctima de su éxito: una y otra vez, Shavell escribe que si, entre las dimensiones de la precaución, incluimos el nivel de actividad -como es razonable hacer en relación con cualquier actividad humana: las personas debemos descansar, pues de lo contrario, los errores de atención son inevitables- las desventajas de la regla de la negligencia comparada con la regla de la responsabilidad objetiva se difuminan. Y, en particular, esto es así si tenemos en cuenta que el requisito de la causalidad sirve de puente

---

<sup>8</sup> Véanse William M. LANDES y Richard A. POSNER, "Trademark Law: An Economic Perspective", 30 *Journal of Law and Economics* 265 (1987); y "An Economic Analysis of Copyright Law", 18 *Journal of Legal Studies* 325 (1989).

<sup>9</sup> Richard A. POSNER y William M. LANDES, *The Economic Structure of Intellectual Property*. Cambridge: Mass. Harvard University Press, 2003.

<sup>10</sup> Guido CALABRESI, "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", 70 *Yale Law Journal* 499 (1961).

<sup>11</sup> Pietro TRIMARCHI, *Rischio e Responsabilità Oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961.

<sup>12</sup> Richard A. POSNER, "A Theory of Negligence", 1 *Journal of Legal Studies* 29 (1972).

<sup>13</sup> John PRATER BROWN, "Toward an Economic Theory of Liability", 2 *Journal of Legal Studies* 323 (1973).

<sup>14</sup> Véase, por todos, Steven SHAVELL, "Strict Liability versus Negligence", 9 *Journal of Legal Studies* 1 (1980).

entre ambas categorías (pp. 181-182; p. 188; p. 198: “*Were the negligence standard defined so as to include the activity level, injurers would make sure not to engage in their activity to an excessive extent in order to avoid a finding of negligence*”; p. 202; pp. 205-206; p. 211; p. 230: “*there is an element of strict liability associated with the use of the negligence rule*”; p. 252: “*One advantage of the causation requirement is that to the extent that there are errors in the negligence determination, the negligence system takes on aspects of strict liability*”). De hecho, Steven Shavell es perfectamente consciente de la fragilidad del modelo que él mismo ha contribuido a crear, como muestran otros trabajos suyos y, más concretamente, los coescritos en colaboración con Louis Kaplow<sup>15</sup>. El riguroso procedimiento usado para mantener la dualidad –consistente en recortar con tijeras toda consideración sobre el nivel de actividad en las aplicaciones de la regla de la negligencia- plantea un problema práctico sencillo e insoluble: el cuerpo de un ser humano vivo es material biológico y, como tal, sujeto a fatiga. Shavell cuenta con demasiada potencia analítica instalada como para no darse cuenta de la cuestión y, de hecho, quien sepa leer entre líneas las páginas de *Foundations* destinadas a la responsabilidad civil entreverá que la imputación objetiva (*Scope of Liability*, antes *Proximate Causation*) es el centro de la temática de las reglas de responsabilidad<sup>16</sup>.

#### 4. La teoría económica del contrato: la eficacia del rigor retrospectivo

La parte III, en la que se incluyen los capítulos 13-16 (pp. 291 a 385) condensa el tuétano de la teoría del Derecho del contrato desde la perspectiva del análisis económico del Derecho. Si uno lee la gran mayoría de los modernos tratamientos en la materia entre los juristas (y no solo en España; en toda Europa la situación es similar, aunque el fundamento aristotélico-tomista, kantiano o hegeliano es más explícito en otros ambientes jurídicos, como el alemán -Eidenmüller, Fleischer-) lo que se encuentra es un análisis abstracto pero positivista, que se quiere esencialmente fungible en términos de la teoría del contrato subyacente. El contraste con la aproximación contenida en *Foundations of Economic Analysis of Law* no puede ser mayor.

Aquí nos encontramos con una aproximación clara y manifiestamente basada en la teoría, no en la realidad de un sistema contractual implantado en algún ordenamiento. El punto de partida de Shavell es que no es posible entender cabalmente ningún Derecho de contratos, ni la función y significado de las diferentes reglas que los componen, sin saber cuál es el fundamento del contrato y de su obligatoriedad jurídica, así como de los comportamientos contractuales esenciales. Comenzar por el contenido de las reglas es un error de perspectiva para Shavell. Hay que edificar primero los cimientos del edificio contractual.

El fundamento del contrato para Shavell no es un misterio, ni es tampoco algo impuesto desde fuera a los contratantes. La base exclusiva del contrato es el bienestar de las partes, supuesto que

<sup>15</sup> Últimamente, *Economic Analysis of Law*. En: *Handbook of Public Economics*. Edited by Alan J. AUERBACH and Martin FELDSTEIN, 2002, Amsterdam, Elsevier 3: 1661-1784.

<sup>16</sup> Como resulta ahora, con claridad, del *Restatement of the Law –Torts Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical Harm (Basic Principles) (Tentative Draft Fna. Current Through August 2003, chapter 6. Scope of Liability)*. Cfr. Nuno GAROUPA/ Pablo SALVADOR/ Carlos GÓMEZ, *Scope of Liability: The Vanishing Distinction Between Negligence and Strict Liability*, 2004, en curso de publicación.



no interfiera o afecte al bienestar de terceros. Los seres humanos contratan para mejorar su situación de partida, en especial cuando factores temporales o relaciones de alguna duración son relevantes. Por medio de los contratos, los individuos y las empresas obtienen bienes y servicios que valoran más que su precio; reajustan situaciones de riesgo que les afectan; cruzan apuestas sobre el futuro valor de activos; alteran el curso temporal de pautas de consumo o de inversión; expresan su altruismo al incrementar la situación de bienestar de otros. En todos los casos, sin excepción, persiguen –otra cosa es que *a posteriori* lo consigan– incrementar su situación inicial de bienestar.

De aquí que en una perspectiva preocupada por el bienestar social, el contrato haya de ser obligatorio una vez celebrado: si permitiéramos a los contratantes renegar *ex post* de los compromisos voluntariamente asumidos estaríamos renunciando a aumentar el bienestar social. En efecto, si la celebración del contrato y sus obligaciones resultantes se supone, hipotéticamente (algo a lo que contribuye el tradicional principio de la relatividad de los efectos del contrato), que no influye en modo alguno sobre la situación de los no contratantes, un contrato asumido voluntariamente, por definición, aumenta el bienestar social, precisamente porque aumenta el bienestar de los contratantes: de no mejorar la posición de ambos contratantes respecto del estado anterior, habrían preferido no contratar y conservar su situación de bienestar previa al contrato.

El núcleo teórico que permite a Shavell arrojar luz sobre los efectos de las reglas jurídicas sobre formación, cumplimiento e incumplimiento del contrato es la teoría económica de los contratos completos<sup>17</sup>, que presenta en el capítulo 13: el contrato completo es aquel que determina hasta la saciedad todos y cada uno de los comportamientos contractuales de los contratantes en todas y cada una de las situaciones de la realidad que puedan darse a lo largo de la relación contractual. Un contrato completo, celebrado, por hipótesis, por contratantes racionales y voluntarios, es por esencia, pareto-óptimo, no puede ser mejorado en cuanto al bienestar conjunto de los contratantes se refiere<sup>18</sup>. Esta cualidad lo hace particularmente atractivo como piedra de toque para calibrar la eficacia de las distintas reglas jurídicas sobre los contratos: cuanto más nos acerquen a la solución que habría contemplado el contrato completo, más deseable en términos de eficiencia será una cierta solución jurídica.

---

<sup>17</sup> El propio Shavell había contribuido de modo notable a la elaboración de esta teoría en la segunda mitad de los años setenta y primeros ochenta: Steven SHAVELL, "On Moral Hazard and Insurance", 10 *Bell J. Econ.* (1979); "Damage Measures for Breach of Contract" 11 *Bell J. Econ.* (1980); "The Design of Contracts and Remedies for Breach" 99 *Quarterly J. Econ.* (1984).

<sup>18</sup> Como la propia noción permite presumir con facilidad, no nos encontramos ante un fenómeno de la realidad contractual, sino ante una construcción teórica que se justifica por sus virtudes heurísticas, no por su aptitud de acercarnos al mundo real. Sobre este concepto, entre nosotros, véase, Fernando GÓMEZ POMAR, *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Civitas, Madrid (2002), p. 28 y ss. Entre los arcanos de la moderna teoría económica existe la teoría de los contratos incompletos, cuya aplicación exhaustiva al ámbito del Derecho de contratos está aún por hacer (tal vez porque ni siquiera la teoría se halla del todo perfilada dentro de la propia economía), y que Shavell deja sustancialmente fuera de su tarea, que es esencialmente la de aplicar la teoría de los contratos completos al diseño de reglas jurídicas que permitan imitar el funcionamiento del contrato completo. Una introducción a la teoría de los contratos incompletos en Bernard SALANIÉ, *The Economics of Contracts*, MIT Press (1997), p. 175 y ss.

Bajo este prisma aborda Shavell las decisiones contractuales básicas: contratar o no; realizar o no inversiones específicas confiando en el cumplimiento del contrato; distribuir entre los contratantes el riesgo de circunstancias adversas; renegociar o no el contrato; cumplir o incumplir. Desde el punto de vista analítico, hay que empezar por el final (lo que en teoría de juegos se llama la inducción hacia atrás): en función de lo que esperan que ocurra en sede de cumplimiento e incumplimiento (lo que, desde luego, se ve notablemente afectado por las reglas jurídicas al efecto) así decidirán las partes en las restantes dimensiones del comportamiento contractual, hasta llegar a la decisión de si les interesa celebrar un determinado contrato.

No es sorprendente, pues, que la atención de Shavell, al igual que la del conjunto del análisis económico del Derecho de contratos, se haya centrado en los remedios frente al incumplimiento contractual. La teoría básica de los mismos la presenta ya en el capítulo inicial de la parte III, perfilándola luego para las dos grandes clasificaciones de los contratos desde el punto de vista económico (contratos de producción de bienes y servicios, y contratos de transferencia de recursos). Desgrana en dos extensos capítulos la quintaesencia de los efectos económicos de los mecanismos jurídicos de reacción frente a un incumplimiento. Shavell no hace suya la famosa visión del contrato de Holmes (*"The only universal consequence of a legally binding promise is, that the law makes the promisor pay damages if the promised event does not come to pass."*), pero se muestra decidido partidario de la indemnización del interés contractual positivo (*expectation damages*) por delante de la indemnización del interés contractual negativo y del cumplimiento en forma específica: los *expectation damages* inducen el nivel adecuado de cumplimiento, y si bien no consiguen incentivar la confianza óptima, sus consecuencias son mejores que las alternativas. Sin embargo, los factores que en los contratos de transferencia (falta de información de los Tribunales, importancia de evitar una apropiación por terceros del excedente contractual, el menor riesgo de *inefficient breach* con destrucción real de recursos) aumentan el atractivo del cumplimiento en forma específica se analizan con el acostumbrado rigor en el capítulo 16.

Hay también un breve tratamiento de la formación del contrato, con particular énfasis en los problemas de información asimétrica entre los contratantes<sup>19</sup>. Destacan dos resultados en apariencia sorprendentes para los juristas: si el contratante que no tiene la información sabe con seguridad que la otra parte sí dispone de ella, y la mentira pura y simple es verificable a posteriori y sancionable jurídicamente, cada contratante revela exactamente la información de que dispone, aun cuando no existan deberes legales de revelar información<sup>20</sup>. En segundo lugar, vendedores y compradores deben ser tratados con a distinto rigor en la imposición de deberes de comunicación de información privada en las negociaciones contractuales. Finalmente, una breve incursión en la economía de la donación, basada en las preferencias de corte altruista, sin

---

<sup>19</sup> Un problema al que SHAVELL había realizado notabilísimas aportaciones teóricas: "Acquisition and Disclosure of Information Prior to Sale", 25 *RAND J. Econ.* (1994).

<sup>20</sup> Este resultado básico de la economía de la información asimétrica se conoce con el nombre de *unravelling*. Véase una didáctica exposición del mismo en Douglas BAIRD, Robert GERTNER, y Randal PICKER, *Game Theory and the Law*, Harvard University Press (1994).

referencias a explicaciones, en buena medida alternativas, basadas en el *signalling* y las normas sociales<sup>21</sup>.

Muchas cuestiones relevantes para cualquier derecho de contratos quedan por entero (responsabilidad precontractual, contratos con consumidores, salvaguardas y garantías contractuales, problemas de señalización mediante contratos o cláusulas contractuales) o casi (efectos externos del contrato, modificación del contrato, penas convencionales) fuera del alcance de la mirada analítica de Shavell. Pero no conocemos mejor punto de partida que este libro para reinterpretar en clave instrumentalista el venerable cuerpo de conocimiento y de doctrina que forman las reglas del Derecho de obligaciones y contratos.

### 5. Litigación y derecho procesal

En la Parte IV, pp. 387 a 470, Shavell recoge el estado de la cuestión sobre el análisis económico del derecho procesal, una de las materias mejor estudiadas por el *Law & Economics* de su generación, pero también y asombrosamente, una de las más preteridas por la cultura legal española hasta hace muy poco. Afortunadamente, las cosas están cambiando y, hoy en día, la idea de que la Parte IV de *Foundations* puede usarse con gran ventaja como lectura introductoria a un curso -en España, avanzado- de derecho procesal no parecería un disparate en nuestras facultades de derecho. Sus lectores caerían inmediatamente en la cuenta de que la variable básica que manejan los candidatos a demandantes para decidir pleitear es la ganancia esperada del pleito, descontada a un tipo de interés razonable dados los retrasos de la Justicia, menos los costes de litigar. A ello añade, un Shavell siempre preocupado por el bienestar social, los costes que sufraga el Estado, es decir, el contribuyente y los que asume la contraparte, en nuestro caso, el demandado. Entonces, los justiciables demandarán si su coste privado de hacerlo es menor que los beneficios esperados del proceso. A partir de ahí, se trata de que el sistema legal fuerce, por un lado, a los interesados a internalizar los costes no privados de la litigación y, por el otro, a tener en cuenta los beneficios sociales, que no privados, de la litigación misma: una sentencia judicial, a diferencia de un acuerdo transaccional que incluye una cláusula de confidencialidad, crea precedentes, mueve el derecho haciéndolo avanzar y es pública. Esto último es importante, pues incentivaría a quienes podrían hacer valer las mismas razones que el candidato a litigante que transigió su pretensión a esgrimirla en un juicio. En suma, la resolución alternativa de conflictos legales (*Alternative Dispute Resolution*) resulta socialmente beneficiosa si y sólo si incluimos en la contabilidad social todos los costes y todos los beneficios derivados del recurso a ella y no nos limitamos a tener en cuenta el punto de vista particular del candidato a reclamar que cede ante la oferta de una transacción, que acepta una mediación o que resuelve seguir la vía del arbitraje.

El capítulo 18 desarrolla algunas cuestiones planteadas por el modelo básico y comienza con la paradoja acaso más fascinante de la teoría de la litigación: hay demandas que el demandante

---

<sup>21</sup> Véase sobre ello, Eric POSNER, *Law and Social Norms*, Harvard University Press (2001).

nunca debería haber presentado, pues los beneficios esperados del actor son inferiores a los costes que habrá de afrontar (*negative value suits*). Mas, ¿por qué litiga entonces cuando no debería hacerlo así y lo sabe? Una buena razón es que ponerse en la cola de reclamantes posiblemente valga la pena si el demandado no puede o le costaría muy caro distinguir entre reclamaciones fundadas e infundadas. Otra es que si los costes del pleito son muy elevados para el demandado, el demandante puede extorsionarle pidiéndole una cantidad menor por no litigar. Y, en ocasiones, escribe Shavell, los pleitos de valor negativo -para el demandante- resultan socialmente útiles: el actor tiene razones para litigar, sabe que prevalecer en el pleito le va a salir caro, pero su decisión puede animar a otros a hacer valer sus propias razones (p. 423). El capítulo concluye con una síntesis sobre el papel de las compañías aseguradoras y el de los abogados en la litigación, dos temas que todo joven licenciado y candidato a buen abogado haría bien en repasar o, dado el estado de la licenciatura en derecho en nuestro país, aprender. Vería entonces por qué, en pleitos de responsabilidad civil, los aseguradores de demandantes son más propensos a transigir que los actores mismos y por qué sucede lo contrario en el caso de los aseguradores de demandados (pp. 437-440) además, en todo caso, del efecto reductor de los incentivos a litigar que produce en general el seguro. La Parte IV concluye con un capítulo, el 19º, cuyos epígrafes más destacados son quizás los destinados al análisis económico de la doble instancia y de la función del abogado. En la línea de los mejores trabajos sobre la abogacía<sup>22</sup>, Shavell analiza el valor del consejo del abogado y comienza con el asesoramiento preventivo o *ex ante* y compara su valor privado, esto es, la ganancia esperada que obtiene el cliente por su cambio de conducta como consecuencia de la opinión legal, con su valor social. Éste puede ser negativo o positivo: el consejo legal es deseable si el saldo neto de las ganancias y pérdidas sociales derivadas del asesoramiento es positivo, que no siempre es el caso (pp. 464-466). El consejo posterior a la realización de la conducta jurídicamente relevante es analizado de modo similar y el autor pone un comprensible énfasis en la circunstancia de que, en ocasiones, el consejo diluye las sanciones y, por tanto, su eficacia preventiva (pp. 467-468), efecto que debemos contrapesar con la colaboración del abogado en la tarea de la mejor aplicación de la ley y en la consiguiente disminución de errores de derecho.

## 6. *Aplicación del derecho y derecho penal: recorriendo la senda de Bentham*

La parte V (capítulos 20 a 24) se ocupa de uno de los sectores del sistema jurídico cuyo tratamiento inspirado en concepciones instrumentalistas hiere más sensibilidades: el Derecho sancionador. De nuevo nos hallamos, como en la parte II, ante las respuestas jurídicas a lo que los economistas denominan externalidades negativas. Y de nuevo el modo de aproximarse a los problemas es la construcción de modelos muy estilizados de la realidad que interesa analizar, introduciendo sucesivas capas de complicación que permiten afinar la puntería.

La perspectiva preventivista (o de prevención general, en la jerga penal) es otra vez dominante. Pero no exclusiva. De hecho, Shavell dedica el capítulo 23 a la consideración de otras funciones del Derecho sancionador: incapacitación, rehabilitación y retribución. Y no las desdeña por

---

<sup>22</sup> Como por ej., David WILKINS, "Who Should Regulate Lawyers", 105 *Harvard Law Review* 799 (1992).

completo, ni mucho menos, salvo la retribución *per se* que, por motivos que desarrolla en la parte VII, no debe, al igual que cualquier otro criterio ajeno al bienestar social, tener peso independiente en la política jurídica<sup>23</sup>. E incluso entiende que la primera de las tres tiene enorme trascendencia explicativa del funcionamiento real de los sistemas penales actuales, y resulta económicamente eficiente.

El punto de partida natural de un análisis preventivista del Derecho sancionador es el uso de multas, una modalidad de sanción menos gravosa en términos de coste social que la privación de libertad o el castigo corporal. En este contexto, el gran resultado inicial es benthamiano en su espíritu (e incluso en su formulación intuitiva): si la imposición de la sanción no es segura, sino probabilística, es necesario, si se desea prevenir la causación de daños, incrementar la cuantía de la sanción en atención a esta probabilidad (por hipótesis  $< 1$ ) de que el castigo sea efectivo. Esto es, la magnitud de la sanción que sería óptima con imposición cierta debe multiplicarse por la inversa de la efectiva probabilidad de castigo. De nuevo, pues, el principio del multiplicador de prevención que ya había hecho su aparición en materia de daños punitivos. Además, dado que para mantener un nivel de prevención dado es más rentable en términos de coste social bajar la probabilidad de imponer la sanción y elevar en proporción la cuantía de la misma, la política criminal óptima es la que hace máxima la sanción y mínima la probabilidad (y el coste anejo) de imponer el castigo. Este es el famoso resultado de Becker<sup>24</sup>, que muchos identifican *tout court* con el núcleo de la teoría económica de los delitos y las penas, tachando esta de draconiana y represiva. Nada más lejos de la verdad, como convincentemente expone Shavell en las páginas 484 y ss. De un lado, en cuanto resultado inicial se formula para las sanciones monetarias, y ello suponiendo que son socialmente indoloras (esto es, no tienen coste alguno, son una pura transferencia de riqueza entre el agresor y el contribuyente)<sup>25</sup>. Pero además, la aversión al riesgo de los potenciales sancionados, el riesgo de error y los problemas de solvencia hacen que la sanción máxima no sea deseable. Más aún, la política de prevención óptima requiere, dado lo costoso de la aplicación de la ley, que se permita un cierto grado de infrapreención: en el óptimo, la sanción esperada es siempre inferior al daño derivado de la acción sancionable. Esto permite desterrar otro tópico<sup>26</sup> sobre la economía del delito: quien se somete a una sanción por una conducta está pagando su precio, luego su acción es eficiente (el beneficio para el autor es

---

<sup>23</sup> A pesar de reconocer explícitamente que el sentimiento de retribución y de venganza es un rasgo biológico de la especie humana, seleccionado por razones evolutivas: los comportamientos que reduce el riesgo de agresión por otros en un ambiente hostil mejoran las posibilidades de supervivencia y, por tanto, serán seleccionados en la evolución. La retribución frente a quien ataca y causa daño es uno de tales comportamientos, el cual, resulta tanto más creíble como reacción a una agresión cuanto más responde a un deseo real e interiorizado de castigar a quien nos daña, con independencia de las ventajas a corto plazo de hacerlo. El deseo o impulso retributivo, pues, es un rasgo que contribuye al éxito genético de quien lo posee, lo que lo hace evolutivamente adaptado: p. 606. Una buena introducción a los aspectos evolutivos de preferencias como la retribución u otras (altruismo, envidia, cooperación política) en Paul RUBIN, *Darwinian Politics. The Evolutionary Origin of Freedom*, Rutgers University Press (2002).

<sup>24</sup> Gary BECKER, "Crime and Punishment: An Economic Approach" 76 *J. Pol. Econ.* (1968).

<sup>25</sup> Aunque en las sanciones no monetarias encontraremos un resultado similar.

<sup>26</sup> Este de sentido opuesto al reproche anterior, puesto que permite a los causantes de daños (las empresas, fundamentalmente) actuar con la conciencia tranquila con tal de que paguen las multas que se les imponen.

superior a su coste, que es la sanción esperada). El resultado anterior desmiente tajantemente esta afirmación, puesto que el coste privado de la acción punible es inferior al verdadero coste social de la misma (el daño causado).

¿Cómo cambian las predicciones y recomendaciones de la teoría económica cuando nos trasladamos al mundo de las sanciones distintas a las monetarias? Aquí, algunas implicaciones parecen casar de modo exacto con la estructura del Derecho sancionador que se conoce en la mayoría de los sistemas jurídicos. La prevención basada en nociones de responsabilidad objetiva resulta desaconsejada, dado el alto coste de la sanción, y los problemas de información acerca de la culpabilidad resultan de importancia extrema: cuando la información sobre la deseabilidad social de una acción y la culpabilidad del autor es perfecta, se puede lograr, con sanciones no monetarias, una prevención óptima sin tener que incurrir en el coste de imponer las sanciones. De aquí que los esfuerzos por perfeccionar ese nivel de información resultan socialmente productivos. Por otro lado, la sanción óptima en términos de prevención para los irreductibles (por ejemplo, no perciben la sanción esperada, o el beneficio que obtienen de su acción es anormal y comprobablemente muy elevado) es cero (aunque, por supuesto, la sanción puede justificarse económicamente en términos de inhabilitación para futuras conductas dañosas del individuo).

Otra vez la política preventiva óptima enfatiza el ahorro en costes de detección de los autores de hechos sancionables: manteniendo constante un coste esperado de imposición de sanciones, elevar los años de prisión y reducir la probabilidad de ser detenido y condenado, reduciendo costes sociales. Ahora bien, varios factores analizados por Shavell apuntan a que la política draconiana no es la óptima: el riesgo de error y las actitudes de los potenciales delincuentes ante el riesgo abonan una reducción de la magnitud de las sanciones. Pero aquí no es la posible aversión al riesgo<sup>27</sup> lo que apunta a una menor penalidad, sino justo lo contrario: cuando los potenciales transgresores son amantes del riesgo en sentido económico (y la evidencia empírica muestra que de ordinario lo son, tanto por su disposición psicológica, como por su situación de marginalidad, como porque la desutilidad de la prisión suele ser marginalmente decreciente) es mejor reducir la magnitud de la sanción y elevar la probabilidad de su imposición.

Analiza después Shavell la conjunción de ambas clases de instrumentos, las sanciones pecuniarias, y las no monetarias, en especial lo que respecta a los factores que influyen en el diseño de la adecuada combinación de unas y otras medidas (nivel de solvencia, probabilidad de eludir la sanción, el daño social de la conducta, el beneficio privado de la conducta dañosa). Y continúa en el capítulo 22 con un repaso a otras cuestiones destacadas del *law enforcement*, desde la prevención individual a la reincidencia, pasando por la prevención marginal (un factor adicional opuesto a la política criminal draconiana) y los fenómenos de *self-reporting* (desistimiento, arrepentimiento, autodenuncia a las autoridades, etc.)

---

<sup>27</sup> De hecho, la aversión al riesgo hace preferible aumentar las sanciones no monetarias, porque tal aversión permite conseguir mediante penas más altas idéntico nivel de prevención a menor coste social esperado de sanción: p. 507.

En el capítulo 22 (pp. 540-568) repasa con brevedad (sobre todo en comparación con el gran edificio de la dogmática penal) algunos de los grandes principios del Derecho penal *strictu sensu* (intencionalidad, castigo de la tentativa y la frustración, causalidad e imputación objetiva, eximentes), y concluye que son esencialmente conciliables con la aproximación económica al Derecho sancionador, en especial si se piensa que el Derecho penal debe reservarse sustancialmente para los actos que persiguen causar un daño de apreciable importancia y para los actos preparatorios de daños de carácter subrepticio y oculto.

No confiamos demasiado en que Shavell consiga convencer de las bondades teóricas y de política jurídica del análisis económico del Derecho a muchos de nuestros penalistas y publicistas. Sin embargo, creemos que la lectura de las escasas cien paginas de esta parte cinco es, en términos de coste-beneficio, una de las mejores inversiones de tiempo y esfuerzo que, desde el punto de vista intelectual, tienen por delante.

### ***7. La estructura del Derecho***

La parte VI (pp. 571 a 592) no es sino la síntesis organizada de las implicaciones generales de las secciones precedentes de la obra. Shavell nos presenta aquí una teoría de los remedios jurídicos frente a las externalidades negativas, una taxonomía de las grandes familias de mecanismos legales de reacción frente a los daños en la vida social. El propósito del análisis es doble: de una parte, ofrecer una estructura conceptual que permita sintetizar de modo sencillo los hallazgos del análisis económico del Derecho en relación con los singulares instrumentos jurídicos de las diferentes ramas del Derecho. De otra, proporcionar un análisis normativo que permita evaluar en términos de eficiencia el funcionamiento de un instrumento jurídico dado, en relación con las soluciones óptimas identificadas en el análisis singular de eficiencia de los diversos remedios.

Lo más ilustrativo es presentar la estructura en forma de cuadro, como hace Shavell en la p. 574:

## ESTRUCTURA GENERAL DEL DERECHO

Medios y dimensiones de intervención jurídica			
Medio de intervención	Dimensiones fundamentales de la intervención		
	Momento de la intervención	Tipo de intervención o remedio	Iniciativa privada o pública de la intervención
Derecho de daños	Tras el daño	Remedio pecuniario	Privada
Regulación pública de seguridad	Antes y después del daño	Variados	Pública
Tutela civil inhibitoria	Antes y después del daño	Variados	Privada
Derecho de contratos	Tras el daño	Remedio pecuniario y cumplimiento forzoso	Privada
Derecho penal	Antes y después del daño, pero sobre todo tras el daño	Variados	Pública

Con el nivel de abstracción y generalidad con que Shavell caracteriza el instrumental jurídico frente a las externalidades<sup>28</sup> es difícil discrepar de su juicio globalmente positivo acerca del grado de alineamiento de los rasgos estructurales de la mayoría de los sistemas jurídicos con las implicaciones del análisis positivo de las consecuencias económicas de los singulares mecanismos jurídicos de control de los efectos externos. Sin embargo, Shavell no es un creyente en la fe de la eficiencia del sistema jurídico, ni siquiera de aquellos de Common Law (tampoco nosotros lo somos), por lo que difícilmente este esbozo teórico puede considerarse un punto de llegada analítico. Verificarlo, afinarlo, refutarlo acaso, es un programa de investigación en Derecho y ciencias sociales para los próximos años.

### 8. Justicia frente a bienestar

La parte 7, que reúne 3 capítulos (26 a 28) nos resume en poco más de 60 páginas las más de cuatrocientas de la más reciente aportación previa en forma de libro de Shavell: *Fairness versus Welfare*, escrito conjuntamente con Louis Kaplow, Catedrático como él de la Law School de Harvard<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Conscientemente deja fuera uno de los instrumentos preferidos de los economistas, los impuestos pigouvianos, tal vez por ser objeto de atención preferente por la economía pública en cuanto tal.

<sup>29</sup> Publicado por Harvard University Press en 2002. La obra, así como los trabajos previos en los que se apoyaba, ha suscitado un vivo debate teórico entre economistas, juristas y filósofos del Derecho, que no es posible resumir



El núcleo del argumento, gráficamente reflejado en el título de su anterior libro, es la incompatibilidad lógica entre aproximaciones morales a las decisiones colectivas y aproximaciones basadas estrictamente en el cómputo y agregación de los bienestar individuales de los miembros de una sociedad dada. Los criterios y reglas morales, entendiéndose<sup>30</sup> por tales aquellos que incorporan dimensiones ajenas al bienestar individual de los afectados, no han de tener espacio en la adopción de políticas públicas, más específicamente, de las políticas jurídicas.

Shavell es claro defensor de la funcionalidad esencial de los sistemas morales, al menos de aquellos que incorporan las reglas de conducta moral más elementales y universales en su aceptación (no dañar a otros, no mentir, ayudar a los demás, castigar en proporción a la culpabilidad moral del autor de una mala acción, etc.). Tales pautas, en su criterio, sirven de forma benéfica al bienestar de las sociedades en las que las mismas se practican de forma mayoritaria, contribuyendo de forma apreciable a la supervivencia y al progreso de las sociedades que a ellas se conforman. De aquí que sea apreciable la raíz biológico-evolutiva de muchos sentimientos morales elementales<sup>31</sup>. Pero una cosa es que una mayoría de individuos en una mayoría de sociedades haya interiorizado de forma profunda muchas de tales reglas y pautas, tanto por razones biológicas como culturales y de socialización, pasando a integrar las preferencias y el bienestar de esas personas, y otra bien distinta es que los criterios morales hayan de tener un peso propio e independiente en el enjuiciamiento de conductas, situaciones o alternativas de acción.

De forma indirecta, a través de las preferencias de los sujetos, las reglas morales pueden y deben tener incidencia en las decisiones colectivas: pongamos por caso, si muchos individuos han interiorizado la norma que fija la sanción proporcionalmente a la culpa del infractor, de forma que los mismos experimentan una pérdida de bienestar cuando saben que tal criterio moral, para ellos imperativo, ha sido vulnerado, esta disminución de bienestar ha de ser ponderada en la adopción de un Código penal. Pero no por el valor intrínseco de la norma moral, sino por su incidencia mediata a través del bienestar de los individuos que han interiorizado la regla.

---

en estas páginas. Algunas de las principales aportaciones a la polémica son: Howard CHANG, "A Liberal Theory of Social Welfare: Fairness, Utility, and the Pareto Principle." 110 *Yale Law Journal* (2000); Howard CHANG, "The Possibility of a Fair Paretian." 110 *Yale Law Journal* (2000); Richard CRASWELL, "Kaplow and Shavell on the Substance of Fairness." 32 *Journal of Legal Studies* (2003); Marc FLEURBAEY, Bertil TUNGODDEN, and Howard CHANG, "Any Non-welfarist Method of Policy Assessment Violates the Pareto Principle: A Comment." 111 *J.Pol.Econ.* (2003); Louis KAPLOW y Steven SHAVELL, "The Conflict between Notions of Fairness and the Pareto Principle." 1 *American Law and Economics Review* (1999); Louis KAPLOW y Steven SHAVELL, "Notions of Fairness Versus the Pareto Principle: On the Role of Logical Consistency." 110 *Yale Law Journal* (2000); Louis KAPLOW y Steven SHAVELL, "Any Non-Welfarist Method of Policy Assessment Violates the Pareto Principle." 109 *J. Pol. Econ.* (2001); Lewis KORNHAUSER, "Preferences, Well-being and Morality in Social Decisions." 32 *Journal of Legal Studies* 32 (2003); Jeremy WALDRON "Locating Distribution." 32 *Journal of Legal Studies* (2003).

<sup>30</sup> SHAVELL nos ofrece la siguiente noción de criterio moral en la p. 601: "*.. a principle for the evaluation of situations that (a) does not depend exclusively on the utilities of individuals, and (b) is associated with the distinctive psychological attributes leading, as described, to virtue and guilt, praise and disapproval.*".

<sup>31</sup> Véase sobre ello, Matt RIDLEY, *Human Instincts and the Evolution of Cooperation*, Viking Press (1996).

El porqué del conflicto entre el valor *per se* de los criterios morales y la economía del bienestar se sustenta en un argumento simple aunque sutil: la adhesión intrínseca, como norma de conducta colectiva, a criterios morales puede disminuir el bienestar de todos, decimos bien, de todos, los miembros de una sociedad dada. Es lo que Shavell denomina el teorema del conflicto de Pareto (*Pareto Conflict Theorem*, p. 610): “*If independent weight is given to a notion of morality under a measure of social welfare, then in some situations the utility of every individual will be lowered as a result of advancing that measure of social welfare.*”. Si los criterios morales tienen valor evaluativo independiente de su incidencia sobre el bienestar humano, en el extremo haremos prevalecer el criterio moral incluso cuando hacerlo reduzca el bienestar de todos y cada uno de los individuos. Tomado en serio, pues, el valor autónomo de las reglas morales se pondría por delante de la voluntad, unánime y sin fisuras, de todas las personas afectadas por una cierta decisión.

¿Debe conducirnos esto, desde una perspectiva estrictamente económica, a renunciar a regular conductas mediante reglas morales, carentes de la obligatoriedad jurídica de las normas legales? En absoluto, pues los sistemas morales son instrumentos muy poderosos para incentivar conductas socialmente beneficiosas, y su interacción y alimentación recíproca con las normas de carácter legal permite suplir buen número de los déficits regulatorios de unas y otras, empleadas por separado. Difícilmente una proposición sorprendente, porque los políticos y los empresarios morales conocen y dominan desde hace siglos el arte de combinar las reglas morales y las jurídicas.

Cierra esta sección dedicada a la relación del Derecho con la moral un capítulo, el 28, dedicado a las cuestiones relativas a la distribución de la renta y la riqueza, pero no porque se trate de cuestiones morales en el sentido que Shavell atribuye a esta expresión. En efecto, contra lo que suele ser el entendimiento común dentro y fuera del análisis económico del Derecho, los problemas de distribución no son en absoluto ajenos a la economía del bienestar. El cómputo y agregación de los bienestar individuales en una función de bienestar social se ve típicamente<sup>32</sup> afectado de manera decisiva por la mayor o menor igualdad en la distribución de la renta y la riqueza.

De aquí, sin embargo, no se deduce que el análisis económico del Derecho deba prestar atención sustancial a las cuestiones distributivas, según Shavell. Al contrario, al analizar las reglas del Derecho penal, o del Derecho de daños o de contratos hará bien el analista, como regla, en no desviar su indagación hacia las cuestiones de distribución. Y el motivo es, simplemente, de ventaja comparativa. Las reglas generales del Derecho privado y público funcionan intrínsecamente peor, para resolver cuestiones distributivas, que el sistema fiscal y los subsidios públicos a las personas de menor nivel de renta y riqueza.

El argumento<sup>33</sup> vuelve a ser aquí simple sólo en apariencia. Usar el sistema fiscal para redistribuir riqueza genera una bien conocida distorsión económica: alterar la decisión óptima entre trabajo y

---

<sup>32</sup> No en todo caso, pues sin ir más lejos una función de bienestar social estrictamente aditiva o benthamiana no se ve aquejada por los problemas de distribución. Por supuesto, no hay ningún motivo teórico para preferir (ni para postergar) una agregación de esta clase sobre las innumerables alternativas.

ocio. Usar el sistema jurídico (digamos, el Derecho penal, imponiendo sanciones más altas a quien más tiene), mantiene la distorsión anterior, pero genera una nueva, si renunciamos a la regla jurídica más eficiente para escoger otra que lo es menos, pero que redistribuye riqueza en el sentido deseado. Únicamente nos queda una duda: en un mundo en el que las rentas gravables (al menos las de capital) no conocen fronteras, no sabemos (y resolver la duda es, creemos, tarea esencialmente empírica) si es posible emplear tan sólo el sistema fiscal para lograr los niveles de redistribución que consideramos deseables. Tal vez el *opt-out* sea más difícil en algunos (no en todos, desde luego) espacios objeto de regulación por normas jurídicas. Si es así, dar más peso a la eficiencia o a la redistribución es, simplemente, ineludible.

## 9. *Conclusión*

Hay ya en el mercado un buen número de tratamientos globales de primera calidad acerca del análisis económico del Derecho, alguno de ellos, incluso, diseñado específicamente para los juristas de tradición europea continental. *Foundations of Economic Analysis of Law* no es tan completo y exhaustivo en su alcance como otros (el de Posner, señaladamente), ni tan agradablemente intuitivo en muchas de sus aplicaciones (el de Cooter y Ulen, de forma notoria), ni permite una aplicación inmediata a reglas de Derecho privado similares a las del Derecho español (el de Schäfer y Ott, de modo claro). Está escrito, además, en un inglés seco, plano, informativo. Pero quien sienta interés o acaso mera curiosidad por una de las empresas intelectuales más apasionantes de las ciencias sociales del último cuarto de siglo no tiene mejor lugar donde acudir. Shavell es, sin discusión, uno de los protagonistas de esa empresa.

---

<sup>33</sup> Esencialmente procede del artículo de Louis KAPLOW y Steven SHAVELL, "Why the Legal System is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income", 23 *J. Leg. Stud.* (1994). Una crítica en Chris William SANCHIRICO, "Taxes versus Legal Rules as Instruments for Equity: A More Equitable View", 29 *J. Leg. Stud.* (2000); Christine JOLLS, "Behavioral Analysis of Redistributive Legal Rules", en Cass SUNSTEIN (ed.), *Behavioral Law and Economics*, Cambridge University Press (2000). La respuesta de KAPLOW y SHAVELL, en "Should Legal Rules Favor the Poor?: Clarifying the Role of Legal Rules and the Income Tax in Redistributing Income", 29 *J. Leg. Stud.* (2000).