

InDret

Clau de volta

***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

**Facultat de Dret
Universitat Pompeu Fabra**

Fernando Gómez Pomar

**Facultat de Dret
Universitat Pompeu Fabra**

Working Paper núm.: 212

Barcelona, abril de 2004

www.indret.com

Sumari

1. Quins efectes econòmics té el dret?
2. En el principi, la propietat
3. Prevenció, accidents i regles de responsabilitat
4. La teoria econòmica del contracte: l'eficàcia del rigor retrospectiu
5. Litigació i dret processal
6. Aplicació del dret i dret penal: recorrent la sendera de Bentham
7. L'estructura del Dret
8. Justícia enfront de benestar
9. Conclusió

1. Quins efectes econòmics té el dret?

Steven Shavell, catedràtic d'anàlisi econòmica del dret de la facultat de dret de la Universitat de Harvard, resumeix tota una vida professional dedicada al *Law & Economics* en una obra, el títol de la qual –*Fonaments*– dona una idea clara del seu contingut: el lector trobarà en ella prediccions i explicacions fundades sobre els efectes econòmics del dret i sobre quina regla jurídica seria preferible des del punt de vista de l'eficiència econòmica. Així, podem preguntar: quines conseqüències tenen les distintes regles sobre adquisició originària de la propietat?, sota quines condicions és preferible la propietat pública a la privada?, per què no atorgar un premi als inventors en comptes de concedir-los patents?, per què no és una bona idea aplicar estrictament el principi *pacta sunt servanda*?, per què s'entesten a pledejar aquells que podrien haver transigit una controvèrsia a menor cost que el procés?, quines sancions són preferibles, les monetàries o les no monetàries?, quina és la sanció òptima?, què significa delinqüència marginal?, hi ha Justícia més enllà del benestar?.

En *Foundations*, Shavell dona complerta resposta a aquestes preguntes i a moltíssimes altres: en les gairebé set-centes pàgines de text del llibre, l'autor passa revista a l'esforç d'anàlisi racional del dret més complet i aconseguit de la segona meitat del segle XX i, per descomptat, a un dels pocs d'entre els molts iniciats en la dècada dels seixanta –i en les següents– del segle passat que continuen puixants en el present. Encara que confessem i prevenim que l'aventura de llegir el llibre recorda una volta ciclista, creiem haver superat l'última etapa de la prova amb la seguretat d'haver passat revista a una infinitat de bones raons que serien difícils de trobar reunides no ja en un sol llibre escrit per una sola mà –com aquí és el cas– sinó en bastants dotzenes d'ells o en centenars d'articles de la millor anàlisi econòmica del dret: qui tingui alguna familiaritat amb la matèria, no la consideri intrínsecament exorcitzable i anhelí, en darrer lloc, disposar del capital dialèctic que està clarament a l'abast de les vint últimes promocions de graduats per qualsevol de les deu millors facultats de dret del món haurà de llegir aquest llibre. Encara que hi ha altres semblants –des del clàssic manual de Richard Posner¹ fins al de Bob Cooter i Thomas Ulen²– passant pels de David D. Friedman³, i Hans-Bernd Schäfer i Claus Ott⁴, –, el de Shavell és destacable per la seva implacable potència analítica i la seva desbordada exhaustivitat. Mes també, advertim novament, pel seu àrid rigor i pel seu manifest menyspreu del dret en acció: Shavell és un brillant economista, no un *lawyer-economist* i *Foundations* és la nèmesei descarnada d'un bon *casebook*. Encara que Steven Shavell és catedràtic a Harvard i de la seva facultat de dret des de fa nosaltres què sabem quant de temps, el llegat de Christopher Columbus Langdell (1826-

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

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

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

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

1906), degà de la Harvard Law School i inventor del mètode del cas⁵ sembla no haver-li impressionat gens ni mica. Shavell aplica al dret el corró rigorós de la microeconomia i de l'economia del benestar neoclàssiques sense pràcticament cap consideració pels casos de la llei. En aquest sentit, *Foundations* té els defectes de les seves qualitats: d'entre els analistes econòmics del dret de la seva generació, Shavell, nascut el 1946, és probablement el millor matemàtic, circumstància que en més d'una ocasió li complau posar de manifest en les notes del llibre sense que això dificulti en cap supòsit la seva intel·ligibilitat als lectors refractaris a l'àlgebra.

Al biaix analític i a la magra consideració del dret en acció se suma la concentració de l'esforç en els temes predilectes de l'anàlisi econòmica del dret tradicional: propietat, responsabilitat civil, contractes, procés civil i dret sancionador. A aquests, que ocupen les tres quartes parts del llibre, afegeix l'autor una síntesi dels seus millors treballs sobre teoria general de l'aplicació - *enforcement*- del dret i, finalment, un resum del seu recent i polèmic llibre, coescrit amb Louis Kaplow i titulat *Fairness versus Welfare*⁶. A ningú se li pot demanar més.

Aquest llibre -com, d'altra banda tota l'obra de Steven Shavell- està presidit per una única i obsessiva *leitende Idee*, la de prevenció (*deterrence*): Shavell és potser l'últim gran representant d'una generació d'analistes econòmics del dret que situa la prevenció, graduada d'acord amb els canons de la microeconomia neoclàssica davant el comportament inexorable per allò racional dels agents socials, com la clau de volta del sistema. Això atorga al conjunt coherència i completud, però també limita la seva utilitat pràctica. La grandesa de Shavell resideix en la simetria del seu projectat edifici, majestuós i harmònic fins a l'extrem. Però com sol succeir amb les grans catedrals, ningú viu en elles.

Això ens condueix a una última observació general: si Shavell no és cap *lawyer-economist*, com en canvi Richard Posner, tampoc és procliu a la consideració de les normes socials o a la complicació que la millor psicologia ha vingut a afegir a l'anàlisi neoclàssica, com han realitzat Bob Cooter, Cass Sunstein o Robert Ellickson: la part V del llibre, dedicada a la teoria general de l'aplicació del dret, és una generalització de la teoria de la responsabilitat basada en la prevenció que omple la part II. Això dóna a l'obra aquest caire preventivista del que estem parlant, que alguns podran criticar, però que té un avantatge indiscutible: fins en la seva unilateralitat, el rigor analític de *Foundations* resulta tan descomunal que els lectors del llibre podran després edificar al seu gust sobre fonaments tan sòlids.

Si en el *Law and Economics* cal parlar d'una teoria pura, heus-la aquí. I s'expressa amb una fidelitat a ultrança als postulats i als mitjans de l'economia del benestar, desdenyant les dreceres, les il·lustracions, les desviacions, els adorns de la carcassa teòrica. Per no haver-hi, no hi ha ni facilitats de comprensió per al lector en forma de presentació gràfica dels arguments (no hi ha una sola figura en les gairebé set-centes pàgines), ni tampoc concessions a la terminologia, més intuïtiva d'alguna manera, de la teoria de jocs (encara que els resultats exposats, amb freqüència,

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

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

no són sinó equilibris en interaccions estratègiques). Vegem, doncs, a la millor teoria econòmica en acció.

2. En el principi, la propietat

Després d'una breu Introducció –capítol 1- sobre el concepte i funcions de l'anàlisi econòmica del dret, Shavell dedica la primera part (I) del llibre, capítols 2 a 7, a la propietat o, millor dit, als drets de propietat sobre qualssevol recursos econòmics. Avui en dia, el tema no és polèmic: ja ningú vol abolir la propietat privada, sinó –com a molt- controlar-la i decidir, com preguntava retòric fa un moment, quan convé que un recurs quedi a les mans dels poders públics o passi a elles. Per a un de nosaltres, què lluny queden els temps de la meva joventut, quan més d'un dels meus distingits col·legues em mirava compassiu i de mig costat per haver resolt dedicar-me a explicar la propietat privada!. Shavell, per si de cas, arrenca explicant al lector que, en absència de drets de propietat, la gent sol treballar per sota del nivell socialment desitjable –tret que hagin de fer-ho per subsistir perquè, llavors, encara podria resultar que treballassin més si els arrabassen els resultats del seu esforç-. No dedica més enllà d'una dotzena de pàgines a l'antiga gran qüestió. Fa bé: els tres mil components de l'Assemblea Popular Nacional Xina van sancionar el passat 15 de març dels corrents, gairebé contemporàniament a la publicació de *Foundations*, una esmena a l'art. 13 de la Constitució de la República Popular Xina, esmena que resa: “*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 caigut un altre teló legal. Potser l'últim.

Encara que les regles del Codi Civil sobre l'ocupació com a mode originari d'adquisició de la propietat se solen considerar un exercici dialèctic purament acadèmic, és obvi que la societat té interès que la gent trobi coses, és a dir, que es posi a buscar-les, però només si el cost de fer-ho així està justificat per l'increment en la probabilitat de la troballa. Mes si gaires, enfervorits per la possibilitat de trobar una mina, emprenen una carrera en la seva busca, és també evident que, de seguida, els uns molestaran als altres i que una regla que establís que el primer en la troballa adquireix la propietat de l'objecte de què es tracti (*Finders-keepers rule*, vegeu art. 610 del Codi Civil espanyol de 1889) no seria una bona idea: com indica l'autor (pp. 34 i ss.) la major probabilitat derivada de la meua incorporació a l'exèrcit de buscadors ha de descomptar-se amb la consegüent reducció en la que els altres tinguin èxit. Per això, els arts. 611 i ss. del vell Codi espanyol de 1889 matisen el principi general establert en el seu art. 610.

L'anàlisi segueix amb una carnosca discussió dels avantatges i inconvenients dels registres públics de drets de propietat (pp. 46 i ss.) que, en breu espai, sintetitza amb mestria les raons dels registradors i mostra com els beneficis individuals dels propietaris no coincideixen amb els socials, perquè un registre que garanteixi titularitats facilita el tràfic dels recursos objecte d'aquelles, però a més a més, desincentiva la seva sostracció il·legal: el candidat a lladre sap que haurà de donar moltes explicacions si donen amb ell i amb l'objecte que anhela robar, però que està a nom d'un tercer; a més a més, el valor de la cosa que pretén sostreure disminueix molt,

perquè posseint-la es delata i no li resultarà fàcil alienar-la pel seu valor de mercat (blanc). Hi ha altres avantatges coneguts associats als registres, però Shavell crida l'atenció de la circumstància que un propietari individual valorarà la primera circumstància molt més que la segona, sobretot, si creu que mai serà víctima d'una sostracció il·legal.

Amb semblants brillantor i concisió s'analitzen els drets a l'herència (pp. 59 i ss.) i la usucapció (*adverse possession*): quin sentit té la usucapció extraordinària? Algun, perquè els seus requisits requereixen una possessió en concepte d'amo, pacífica, pública i continuada durant llarg temps, circumstàncies que limiten molt el seu àmbit d'aplicació, però que permeten rendibilitzar béns erms.

El capítol 5, pp. 77 i ss., es dedica a la discussió, clàssica, sobre les externalitats i el teorema de Coase. La presentació que realitza Shavell dona raó de quaranta anys d'anàlisi sobre la matèria sense perdre's en abstraccions: per què, pregunta, per ex., en pp. 96-97, un mercat de drets a embrutar és pitjor solució que un altre sistema d'impostos ecològics quan, en ambdós casos, l'Estat disposi d'informació imperfecta sobre els costos socials de la pol·lució? La pregunta, *de rigueur* en qualsevol anàlisi seriosa de la qüestió, troba una resposta òbvia que requereix haver llegit, sigui a Shavell, sigui la rica literatura sobre el tema: si l'Estat està mal informat sobre els costos de la pol·lució, errarà en la fixació de la quantitat total de brutícia admissible pel que la fixació del seu muntant serà inadequada. Però si recorre a impostos ecològics, no sols aconseguirà una distribució de la pol·lució entre les empreses socialment desitjable –perquè les que tinguin al seu abast solucions netes a menor cost que l'impost ho faran sens dubte–, sinó que a més a més la quantitat total de pol·lució serà l'apropiada socialment, perquè les empreses mateixes resoldran pol·luir o no després d'haver comparat els costos de no fer-ho –que elles mateixes coneixen bé– amb els de l'impost o cànon de què es tracti.

El capítol 6, pp. 110 a 136, sobre la propietat pública, comença explicant les raons de l'existència d'aquesta última –bàsicament la noció de béns públics (*public goods*)– per passar després a resumir la discussió canònica sobre l'expropiació forçosa i, en particular, sobre la conveniència o no del pagament d'un preu just als expropiats. Seguint el fil de la famosa aportació de Lawrence Blume, Daniel L. Rubinfeld i Perry Shapiro⁷, Shavell es pregunta per què l'Estat ha d'assegurar als propietaris contra l'albor de l'expropiació i conclou gairebé suspenent el judici: en certs exemples d'iniciatives governamentals que poguessin considerar-se com quasiexpropiatòries (*regulatory takings*), és racional no indemnitzar, però en altres el contrari pot ser-ho, “*In any case, the main point is that one can analyze the government's actions using the framework described*” (pp. 135-136). De vegades, detenir l'edificació de l'argument en els fonaments té inconvenients: de vegades, el *tot val* resulta insuficient.

El capítol 7 i últim de la primera part del llibre recull en quelcom menys de quaranta pàgines, pp. 137 a 174 l'ABC de la discussió sobre drets de propietat i informació. Amb els treballs clàssics de

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

William M. Landes i Richard A. Posner⁸ constitueix un candidat clar a qualsevol col·lecció de lectures d'iniciació al dret de la propietat intel·lectual i industrial, però només si el lector no prefereix recórrer a l'obra més extensa i gaire recent dels autors citats⁹.

3. Prevenció, accidents i regles de responsabilitat

La Part II, capítols 8 a 12 -pp. 175 a 288- de *Foundations* cobreix l'anàlisi de les regles de responsabilitat civil, tòpic per antonomàsia de l'anàlisi econòmica del dret privat i que troba en aquesta ocasió una molt ajustada síntesi del que han estat quaranta anys llargs de reflexió sobre la matèria. Encara que ha plogut molt des de les intuïcions genials de juristes com Guido Calabresi¹⁰ o Pietro Trimarchi¹¹, des de les primeres formalitzacions de Richard Posner¹² i John Prater Brown¹³ o des de l'obra ingent publicada per Steven Shavell durant la dècada dels anys vuitanta¹⁴, si ens aturem a repassar per un moment la història de la literatura de l'anàlisi econòmica de la responsabilitat civil, de seguida comprovarem que molt poc ha canviat realment des de la dos grans síntesis de William Landes i Richard Posner (*The Economic Structure of Tort Law*) i de Steven Shavell (*Economic Analysis of Accident Law*) publicades ambdues el mateix any de 1987 en les premses de la Harvard University Press.

Novament, les més de cent pàgines que Shavell utilitza per exposar la teoria bàsica de la prevenció i els seus desenvolupaments en les regles de la negligència i la responsabilitat objectiva, així com la contribució de les assegurances al millor tractament dels problemes dels accidents susciten el dubte sobre les limitacions d'un model que, potser, és víctima del seu èxit: una vegada i una altra, Shavell escriu que si, entre les dimensions de la precaució, incloem el nivell d'activitat –com és raonable fer en relació amb qualsevol activitat humana: les persones hem de descansar, perquè en cas contrari, els errors d'atenció són inevitables- els desavantatges de la regla de la negligència comparada amb la regla de la responsabilitat objectiva es difuminen. I, en particular, això és així si tenim en compte que el requisit de la causalitat serveix de pont entre ambdues categories (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

⁸ Vegeu William M. LANDES i Richard A. POSNER, “Trademark Law: An Economic Perspective”, 30 *Journal of Law and Economics* 265 (1987); i “An Economic Analysis of Copyright Law”, 18 *Journal of Legal Studies* 325 (1989).

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

¹⁰ Guido CALABRESI, “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”, 70 *Yale Law Journal* 499 (1961).

¹¹ Pietro TRIMARCHI, *Rischio e Responsabilità Oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961.

¹² Richard A. POSNER, “A Theory of Negligence”, 1 *Journal of Legal Studies* 29 (1972).

¹³ John PRATER BROWN, “Toward an Economic Theory of Liability”, 2 *Journal of Legal Studies* 323 (1973).

¹⁴ Vegeu, per tots, Steven SHAVELL, “Strict Liability versus Negligence”, 9 *Journal of Legal Studies* 1 (1980).

requirement is that to the extent that there are errors in the negligence determination, the negligence system takes on aspects of strict liability"). De fet, Steven Shavell és perfectament conscient de la fragilitat del model que ell mateix ha contribuït a crear, com mostren altres treballs seus i, més concretament, els coescrits en col·laboració amb Louis Kaplow¹⁵. El rigorós procediment utilitzat per mantenir la dualitat –consistent a retallar amb tisores tota consideració sobre el nivell d'activitat en les aplicacions de la regla de la negligència– planteja un problema pràctic senzill i insoluble: el cos d'un ésser humà viu és material biològic i, com a tal, subjecte a fatiga. Shavell compta amb massa potència analítica instal·lada com per no adonar-se de la qüestió i, de fet, qui sàpiga llegir entre línies les pàgines de *Foundations* destinades a la responsabilitat civil entreveurà que la imputació objectiva (*Scope of Liability*, abans *Proximate Causation*) és el centre de la temàtica de les regles de responsabilitat¹⁶.

4. La teoria econòmica del contracte: l'eficàcia del rigor retrospectiu

La part III, en la que s'inclouen els capítols 13-16 (pp. 291 a 385) condensa el moll de la teoria del Dret del contracte des de la perspectiva de l'anàlisi econòmica del Dret. Si un llegeix la gran majoria dels moderns tractaments en la matèria entre els juristes (i no sols a Espanya; a tot Europa la situació és semblant, encara que el fonament aristotèlictomista, kantian o hegelian és més explícit en altres ambients jurídics, com l'alemany -Eidenmüller, Fleischer-) el que es troba és una anàlisi abstracta però positivista, que es vol essencialment fungible en termes de la teoria del contracte subjacent. El contrast amb l'aproximació continguda en *Foundations of Economic Analysis of Law* no pot ser major.

Aquí ens trobem amb una aproximació clara i manifestament basada en la teoria, no en la realitat d'un sistema contractual implantat en algun ordenament. El punt de partida de Shavell és que no és possible entendre com cal cap Dret de contractes, ni la funció i significat de les diferents regles que els componen, sense saber quin és el fonament del contracte i de la seva obligatorietat jurídica, així com dels comportaments contractuals essencials. Començar pel contingut de les regles és un error de perspectiva per a Shavell. Cal edificar primer els fonaments de l'edifici contractual.

El fonament del contracte per a Shavell no és un misteri, ni és tampoc quelcom imposat des de fora als contractants. La base exclusiva del contracte és el benestar de les parts, sempre que no interfereixi o afecti el benestar de tercers. Els éssers humans contracten per millorar la seva situació de partida, en especial quan factors temporals o relacions d'alguna durada són rellevants. Per mitjà dels contractes, els individus i les empreses obtenen béns i serveis que valoren més que

¹⁵ Darrerament, *Economic Analysis of Law. A: Handbook of Public Economics*. Edited by Alan J. AUERBACH and Martin FELDSTEIN, 2002, Amsterdam, Elsevier 3: 1661-1784.

¹⁶ Como resulta ara, amb claredat, 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 premsa.

el seu preu; reajusten situacions de risc que els afecten; creuen apostes sobre el futur valor d'actius; alteren el curs temporal de pautes de consum o d'inversió; expressen el seu altruisme en incrementar la situació de benestar d'altres. En tots els casos, sense excepció, persegueixen –una altra cosa és que *a posteriori* ho aconseguixin– incrementar la seva situació inicial de benestar.

És per aquest motiu que en una perspectiva preocupada pel benestar social, el contracte hagi de ser obligatori un cop celebrat: si permetéssim als contractants renegar *ex post* dels compromisos voluntàriament assumits estariem renunciant a augmentar el benestar social. En efecte, si la celebració del contracte i les seves obligacions resultants se suposa, hipotèticament (quelcom al que contribueix el tradicional principi de la relativitat dels efectes del contracte), que no influeix de cap manera sobre la situació dels no contractants, un contracte assumit voluntàriament, per definició, augmenta el benestar social, precisament perquè augmenta el benestar dels contractants: de no millorar la posició d'ambdós contractants respecte de l'estat anterior, haurien preferit no contractar i conservar la seva situació de benestar prèvia al contracte.

El nucli teòric que permet a Shavell fer llum sobre els efectes de les regles jurídiques sobre formació, compliment i incompliment del contracte és la teoria econòmica dels contractes complets¹⁷, que presenta en el capítol 13: el contracte complet és aquell que determina fins a la sacietat tots i cadascun dels comportaments contractuals dels contractants en totes i cadascuna de les situacions de la realitat que puguin donar-se al llarg de la relació contractual. Un contracte complet, celebrat, per hipòtesi, per contractants racionals i voluntaris, és per essència, pareto-òptim, no pot ser millorat quant al benestar conjunt dels contractants es refereix¹⁸. Aquesta qualitat el fa particularment atractiu com a pedra de toc per calibrar l'eficàcia de les distintes regles jurídiques sobre els contractes: com més ens acostin a la solució que hauria contemplat el contracte complet, més desitjable en termes d'eficiència serà una certa solució jurídica.

Sota aquest prisma aborda Shavell les decisions contractuals bàsiques: contractar o no; realitzar o no inversions específiques confiant en el compliment del contracte; distribuir entre els contractants el risc de circumstàncies adverses; renegociar o no el contracte; complir o incomplir. Des del punt de vista analític, cal començar pel final (el que en teoria de jocs s'anomena la inducció cap endarrere): en funció del que esperen que ocorri en seu de compliment i incompliment (el que, per descomptat, es veu notablement afectat per les regles jurídiques a

¹⁷ El propi Shavell va contribuir notablement a la elaboració d'aquesta teoria en la segona meitat dels anys setanta i en els primers anys dels vuitanta: 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).

¹⁸ Com la mateixa noció, permet presumir amb facilitat, no ens trobem davant d'un fenomen de la realitat contractual, sinó davant d'una construcció teòrica que es justifica per les seves virtuts heurístiques, no per la seva aptitud per apropar-nos al món real. Aquest concepte és tractat, entre nosaltres, per Fernando GÓMEZ POMAR, *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Civitas, Madrid (2002), pp. 28 i ss. Entre els arcons de la moderna teoria econòmica existeix la teoria dels contractes incomplets, l'aplicació exhaustiva dels quals a l'àmbit del Dret resta encara per fer (potser perquè ni tan sols la teoria es troba del tot perfilada dins la pròpia economia), i que Shavell deixa substancialment fora de la seva tasca, que és essencialment la d'aplicar la teoria dels contractes complets al disseny de regles jurídiques que permetin imitar el funcionament del contracte complet. Una introducció a la teoria dels contractes incomplets en Bernard SALANIÉ, *The Economics of Contracts*, MIT Press (1997), pp. 175 y ss.

l'efecte) així decidiran les parts en les restants dimensions del comportament contractual, fins a arribar a la decisió de si els interessa celebrar un determinat contracte.

No és sorprenent, doncs, que l'atenció de Shavell, igual que la del conjunt de l'anàlisi econòmica del Dret de contractes, s'hagi centrat en els remeis enfront de l'incompliment contractual. La teoria bàsica dels mateixos la presenta ja en el capítol inicial de la part III, perfilant-la després per a les dos grans classificacions dels contractes des del punt de vista econòmic (contractes de producció de béns i serveis, i contractes de transferència de recursos). Desgrana en dos extensos capítols la quinta essència dels efectes econòmics dels mecanismes jurídics de reacció enfront d'un incompliment. Shavell no fa seva la famosa visió del contracte d'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.*"), però es mostra decidit partidari de la indemnització de l'interès contractual positiu (*expectation damages*) per davant de la indemnització de l'interès contractual negatiu i del compliment en forma específica: els *expectation damages* indueixen el nivell adequat de compliment, i si bé no aconsegueixen incentivar la confiança òptima, les seves conseqüències són millors que les alternatives. No obstant això, els factors que en les contractes de transferència (falta d'informació dels Tribunals, importància d'evitar una apropiació per tercers de l'excedent contractual, el menor risc d'*inefficient breach* amb destrucció real de recursos) augmenten l'atractiu del compliment en forma específica s'analitzen amb l'acostumat rigor en el capítol 16.

Hi ha també un breu tractament de la formació del contracte, amb particular èmfasi en els problemes d'informació asimètrica entre els contractants¹⁹. Destaquen dos resultats en aparença sorprenents pels juristes: si el contractant que no té la informació sap amb seguretat que l'altra part sí que disposa d'ella, i la mentida pura i simple és verificable a posteriori i digne de sanció jurídica, cada contractant revela exactament la informació de què disposa, encara que no existeixin deures legals de revelar informació²⁰. En segon lloc, venedors i compradors han de ser tractats amb a distint rigor en l'imposició de deures de comunicació d'informació privada en les negociacions contractals. Finalment, una breu incursió en l'economia de la donació, basada en les preferències altruistes, sense referències a explicacions, en bona mesura alternatives, basades en el *signalling* i les normes socials²¹.

Moltes qüestions rellevants per a qualsevol dret de contractes queden del tot (responsabilitat precontractual, contractes amb consumidors, salvaguardes i garanties contractals, problemes de senyalització mitjançant contractes o clàusules contractals) o gairebé (efectes externs del contracte, modificació del contracte, penes convencionals) fora de l'abast de la mirada analítica de Shavell. Però no coneixem millor punt de partida que aquest llibre per a reinterpretar en clau

¹⁹ Un problema al qual SHAPELL havia realitzat notabilíssimes aportacions teòriques: "Acquisition and Disclosure of Information Prior to Sale", 25 *RAND J. Econ.* (1994).

²⁰ Aquest resultat bàsic de l'economia de la informació asimètrica es coneix amb el nom de *unravelling*. Vegeu-ne una didàctica exposició a Douglas BAIRD, Robert GERTNER, i Randal PICKER, *Game Theory and the Law*, Harvard University Press (1994).

²¹ Vegeu, Eric POSNER, *Law and Social Norms*, Harvard University Press (2001).

instrumentalista el venerable cos de coneixement i de doctrina que formen les regles del Dret d'obligacions i contractes.

5. Litigació i dret processal

En la Part IV, pp. 387 a 470, Shavell recull l'estat de la qüestió sobre l'anàlisi econòmica del dret processal, una de les matèries millor estudiades pel *Law & Economics* de la seva generació, però també i sorprenentment, una de les més preterides per la cultura legal espanyola fins fa molt poc. Afortunadament, les coses estan canviant i, avui en dia, la idea que la Part IV de *Foundations* pot utilitzar-se amb gran avantatge com a lectura introductòria a un curs -a Espanya, avançat- de dret processal no semblaria un disbarat en les nostres facultats de dret. Els seus lectors s'adonarien immediatament que la variable bàsica que consideren els candidats a demandants per decidir pledejar és el guany esperat del plet, descomptat a un tipus d'interès raonable atenent als retards de la Justícia, menys els costos de litigar. A això afegeix, un Shavell sempre preocupat pel benestar social, els costos que sufraga l'Estat, és a dir, el contribuent i els que assumeix la contrapart, en el nostre cas, el demandat. Llavors, els justiciables demandaran si el seu cost privat de fer-ho és menor que els beneficis esperats del procés. A partir d'aquí, es tracta que el sistema legal forci, d'una banda, als interessats a internalitzar els costos no privats de la litigació i, per l'altre, a tenir en compte els beneficis socials, que no privats, de la litigació mateixa: una sentència judicial, a diferència d'un acord transaccional que inclou una clàusula de confidencialitat, crea precedents, mou el dret fent-ho avançar i és pública. Això últim és important, perquè incentivaria als qui podrien fer valer les mateixes raons que el candidat a litigant que va transigir la seva pretensió a esgrimir-la en un judici. En suma, la resolució alternativa de conflictes legals (*Alternative Dispute Resolution*) resulta socialment beneficiosa si i només si incloem en la comptabilitat social tots els costos i tots els beneficis derivats del recurs a ella i no ens limitem a tenir en compte el punt de vista particular del candidat a reclamar que cedeix davant l'oferta d'una transacció, que accepta una mediació o que resol seguir la via de l'arbitratge.

El capítol 18 desenvolupa algunes qüestions plantejades pel model bàsic i comença amb la paradoxa potser més fascinant de la teoria de la litigació: hi ha demandes que el demandant mai hauria d'haver presentat, perquè els beneficis esperats de l'actor són inferiors als costos que haurà d'afrontar (*negative value suits*). Mes, per què litiga llavors quan no hauria de fer-ho així i ho sap? Una bona raó per posar-se a la cua de reclamants és que possiblement valgui la pena si el demandat no pot o li fora massa costós distingir entre reclamacions fundades i infundades. Una altra és que si els costos del plet són gaire elevats per al demandat, el demandant pot extorsionar-li demanant-li una quantitat menor per no litigar. I, en ocasions, escriu Shavell, els plets de valor negatiu -per al demandant- resulten socialment útils: l'actor té raons per litigar, sap que prevaler en el plet li sortirà car, però la seva decisió pot animar a altres a fer valer les seves pròpies raons (p. 423). El capítol conclou amb una síntesi sobre el paper de les companyies asseguradores i el dels advocats en la litigació, dos temes que qualsevol jove llicenciat i candidat a bon advocat faria bé a repassar o, atès l'estat de la llicenciatura en dret en el nostre país, aprendre. Veuria llavors per què, en plets de responsabilitat civil, els asseguradors de demandants són més propensos a

transigir que els actors mateixos i per què succeeix el contrari en el cas dels asseguradors de demandats (pp. 437-440) a més a més, en tot cas, de l'efecte reductor dels incentius a litigar que produeix en general l'assegurança. La Part IV conclou amb un capítol, el 19è, els epígrafs més destacats del qual són potser els destinats a l'anàlisi econòmica de la doble instància i de la funció de l'advocat. En la línia dels millors treballs sobre l'advocacia²², Shavell analitza el valor del consell de l'advocat i comença amb l'assessorament preventiu o *ex ante* i compara el seu valor privat, això és, el guany esperat que obté el client pel seu canvi de conducta com a conseqüència de l'opinió legal, amb el seu valor social. Aquest pot ser negatiu o positiu: el consell legal és desitjable si el saldo net dels guanys i pèrdues socials derivades de l'assessorament és positiu, que no sempre és el cas (pp. 464-466). El consell posterior a la realització de la conducta jurídicament rellevant és analitzat de mode semblant i l'autor posa un comprensible èmfasi en la circumstància que, en ocasions, el consell dilueix les sancions i, per tant, la seva eficàcia preventiva (pp. 467-468), efecte que hem de contrapesar amb la col·laboració de l'advocat en la tasca de la millor aplicació de la llei i en la consegüent disminució d'errors de dret.

6. Aplicació del dret i dret penal: recurrent la sendera de Bentham

La part V (capítols 20 a 24) s'ocupa d'un dels sectors del sistema jurídic el tractament del qual inspirat en concepcions instrumentalistes fereix més sensibilitats: el Dret sancionador. Novament ens trobem, com en la part II, davant les respostes jurídiques a allò que els economistes denominen externalitats negatives. I novament el mode d'aproximar-se als problemes és la construcció de models molt estilitzats de la realitat que interessa analitzar, introduint successives capes de complicació que permeten afinar la punteria.

La perspectiva preventivista (o de prevenció general, en l'argot penal) és un altre cop dominant. Però no exclusiva. De fet, Shavell dedica el capítol 23 a la consideració d'altres funcions del Dret sancionador: incapacitació, rehabilitació i retribució. I no les desdenya per complet, ni de bon tros, excepte la retribució *per se* que, per motius que desenvolupa en la part VII, no ha de tenir, igual que qualsevol altre criteri aliè al benestar social, pes independent en la política jurídica²³. I fins i tot entén que la primera de les tres té enorme transcendència explicativa del funcionament real dels sistemes penals actuals, i resulta econòmicament eficient.

²² Com per ex., David WILKINS, "Who Should Regulate Lawyers", 105 *Harvard Law Review* 799 (1992).

²³ Tot i reconèixer explícitament que el sentiment de retribució i de venjança és un tret biològic de l'espècie humana, seleccionat per raons evolutives: els comportaments que redueix el risc d'avversió per altres en un ambient hostil milloren les possibilitats de supervivència i per tant, seran seleccionats en l'evolució. La retribució front a qui ataca i causa dany és un d'aquests comportaments, el qual, resulta més i més creïble com reacció a una agressió a mesura que s'apropa a un desig real i interioritzat de castigar a qui ens danya, amb independència dels avantatges a curt termini de fer-ho. El desig o impuls retributiu, doncs, és un tret que contribueix a l'èxit genètic de qui el posseeix, això el fa evolutivament adaptat: p. 606. Una bona introducció als aspectes evolutius de preferències com la retribució o altres (altruisme, enveja, cooperació política) a Paul RUBIN, *Darwinian Politics. The Evolutionary Origin of Freedom*, Rutgers University Press (2002).

El punt de partida natural d'una anàlisi preventivista del Dret sancionador és l'ús de multes, una modalitat de sanció menys onerosa en termes de cost social que la privació de llibertat o el càstig corporal. En aquest context, el gran resultat inicial és benthamià en el seu esperit (i fins i tot en la seva formulació intuïtiva): si la imposició de la sanció no és segura, sinó probabilística, és necessari, si es desitja prevenir la causació de danys, incrementar la quantia de la sanció en atenció a aquesta probabilitat (per hipòtesi < 1) que el càstig sigui efectiu. Això és, la magnitud de la sanció que seria òptima amb imposició certa ha de multiplicar-se per la inversa de l'efectiva probabilitat de càstig. Novament, doncs, el principi del multiplicador de prevenció que ja havia fet la seva aparició en matèria de danys punitius. A més a més, atès que per mantenir un determinat nivell de prevenció és més rendible en termes de cost social abaixar la probabilitat d'imposar la sanció i elevar en proporció la quantia d'aquesta, la política criminal òptima és la que fa màxima la sanció i mínima la probabilitat (i el cost annex) d'imposar el càstig. Aquest és el famós resultat de Becker²⁴, que molts identifiquen *tout court* amb el nucli de la teoria econòmica dels delictes i les penes, titllant aquesta de draconiana i repressiva. Res més lluny de la veritat, com convincentment exposa Shavell en les pàgines 484 i ss. D'un costat, en quant resultat inicial es formula per a les sancions monetàries, i això suposant que són socialment indolores (això és, no tenen cap cost, són una pura transferència de riquesa entre l'agressor i el contribuent)²⁵. Però a més a més, l'avversió al risc dels potencials sancionats, el risc d'error i els problemes de solvència fan que la sanció màxima no sigui desitjable. I, a més, la política de prevenció òptima requereix, atès el cost de l'aplicació de la llei, que es permeti un cert grau d'infraprevenció: en l'òptim, la sanció esperada és sempre inferior al dany derivat de l'acció digne de sanció. Això permet desterrar un altre tòpic²⁶ sobre l'economia del delictes: qui se sotmet a una sanció per una conducta està pagant el seu preu i, en conseqüència, la seva acció és eficient (el benefici per a l'autor és superior al seu cost, que és la sanció esperada). El resultat anterior desmenteix contundentment aquesta afirmació, doncs el cost privat de l'acció punible és inferior al vertader cost social d'aquesta (el dany causat).

Com canvien les prediccions i recomanacions de la teoria econòmica quan ens traslладem al món de les sancions no monetàries? Aquí, algunes implicacions semblen ajustar-se exactament amb l'estructura del Dret sancionador que es coneix en la majoria dels sistemes jurídics. La prevenció basada en nocions de responsabilitat objectiva resulta desaconsellada, atès l'alt cost de la sanció, i els problemes d'informació sobre la culpabilitat resulten d'importància extrema: quan la informació sobre el caràcter socialment desitjable d'una acció i la culpabilitat de l'autor és perfecta, es pot aconseguir, amb sancions no monetàries, una prevenció òptima sense haver d'incórrer en el cost d'imposar les sancions. És per aquest motiu que els esforços per perfeccionar aquest nivell d'informació resulten socialment productius. D'altra banda, la sanció òptima en termes de prevenció pels irreductibles (per exemple, no perceben la sanció esperada, o el benefici que obtenen de la seva acció és anormal i comprovablement molt elevat) és zero (encara que, per

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

²⁵ Encara que a les sancions no monetàries trobem un resultat semblant.

²⁶ Aquest de sentit oposat al retret anterior, doncs permet als causants de danys (les empreses fonamentalment) actuar amb la consciència tranquil·la si paguen les multes que se'ls imposen.

descomptat, la sanció pot justificar-se econòmicament en termes d'inhabilitació per a futures conductes danyoses de l'individu).

Un altre cop la política preventiva òptima emfatitza l'estalvi en costos de detecció dels autors de fets dignes de sanció: mantenint constant un cost esperat d'imposició de sancions, elevar els anys de presó i reduir la probabilitat de ser detingut i condemnat, reduint costos socials. Ara bé, diversos factors analitzats per Shavell apunten que la política draconiana no és l'òptima: el risc d'error i les actituds dels potencials delinqüents davant el risc abonen una reducció de la magnitud de les sancions. Però aquí no és la possible aversió al risc²⁷ el que apunta a una menor penalitat, sinó just el contrari: quan els potencials transgressors són amants del risc en sentit econòmic (i l'evidència empírica mostra que d'ordinari ho són, tant per la seva disposició psicològica, com per la seva situació de marginalitat, com perquè la desutilitat de la presó sol ser marginalment decreixent) és millor reduir la magnitud de la sanció i elevar la probabilitat de la seva imposició.

Analitza després Shavell la conjunció d'ambdues classes d'instruments, les sancions pecuniàries, i les no monetàries, referint-se en especial als factors que influeixen en el disseny de l'adequada combinació d'unes i altres mesures (nivell de solvència, probabilitat d'eludir la sanció, el dany social de la conducta, el benefici privat de la conducta danyosa). I continua en el capítol 22 amb un repàs a altres qüestions destacades del *law enforcement*, des de la prevenció individual a la reincidència, passant per la prevenció marginal (un factor addicional oposat a la política criminal draconiana) i els fenòmens de *self-reporting* (desistiment, penediment, autodenúncia a les autoritats, etc.)

En el capítol 22 (pp. 540-568) repassa breument (sobretot en comparació amb el gran edifici de la dogmàtica *penal*) alguns dels grans principis del Dret penal *strictu sensu* (intencionalitat, càstig de la temptativa i la frustració, causalitat i imputació objectiva, eximents), i conclou que són essencialment conciliables amb l'aproximació econòmica al Dret sancionador, en especial si es pensa que el Dret penal ha de reservar-se substancialment pels actes que persegueixen causar un dany d'apreciable importància i pels actes preparatoris de danys de caràcter subreptici i ocult.

No confiem massa que Shavell aconsegueixi convèncer de les bondats teòriques i de política jurídica de l'anàlisi econòmica del Dret a gaires dels nostres penalistes i publicistes. No obstant això, creiem que la lectura de les escasses cent pàgines d'aquesta part cinc és, en termes de cost-benefici, una de les millors inversions de temps i esforç que, des del punt de vista intel·lectual, tenen per davant.

²⁷ De fet, l'aversion al risc fa preferible augmentar les sancions no monetàries perquè aquesta aversió permet aconseguir mitjançant penes més altes un idèntic nivell de prevenció a menor cost social esperat de sanció: p.507.

7. L'estructura del Dret

La part VI (pp. 571 a 592) no és sinó la síntesi organitzada de les implicacions generals de les seccions precedents de l'obra. Shavell ens presenta aquí una teoria dels remeis jurídics enfront de les externalitats negatives, una taxonomia de les grans famílies de mecanismes legals de reacció enfront dels danys en la vida social. El propòsit de l'anàlisi és doble: d'una part, oferir una estructura conceptual que permeti sintetitzar de mode senzill les troballes de l'anàlisi econòmica del Dret en relació amb els singulars instruments jurídics de les diferents branques del Dret. D'una altra, proporcionar una anàlisi normativa que permeti avaluar en termes d'eficiència el funcionament d'un determinat instrument jurídic, en relació amb les solucions òptimes identificades en l'anàlisi singular d'eficiència dels diversos remeis.

El més il·lustratiu és presentar l'estructura en forma de quadre, com fa Shavell en la p. 574:

ESTRUCTURA GENERAL DEL DRET

Mitjans i dimensions d'intervenció jurídica			
Mitjà d'intervenció	Dimensions fonamentals de la intervenció		
	Moment de la intervenció	Tipus d'intervenció o remei	Iniciativa privada o pública de la intervenció
Dret de danys	Després del dany	Remei pecuniari	Privada
Regulació pública de seguretat	Abans i després del dany	Variats	Pública
Tutela civil inhibidora	Abans i després del dany	Variats	Privada
Dret de contractes	Després del dany	Remei pecuniari i compliment forçós	Privada
Dret penal	Abans i després del dany, però sobretot després del dany	Variats	Pública

Amb el nivell d'abstracció i generalitat amb què Shavell caracteritza l'instrumental jurídic enfront de les externalitats²⁸ és difícil discrepar del seu judici globalment positiu sobre el grau d'alineament dels trets estructurals de la majoria dels sistemes jurídics amb les implicacions de l'anàlisi positiva de les conseqüències econòmiques dels singulars mecanismes jurídics de control

²⁸ Conscientment deixa fora un dels instruments preferits dels economistes, els impostos pigouvians, potser per ser objecte d'atenció preferent per l'economia pública com a tal.

dels efectes externs. No obstant això, Shavell no és un creient en la fe de l'eficiència del sistema jurídic, ni tan sols d'aquells de Common Law (tampoc nosaltres ho som), per la qual cosa difícilment aquest esbós teòric pot considerar-se un punt d'arribada analítica. Verificar-ho, afinar-ho, refutar-ho potser, és un programa d'investigació en Dret i ciències socials pels pròxims anys.

8. *Justícia enfront de benestar*

La part 7, que reuneix 3 capítols (26 a 28) ens resumeix en poc més de 60 pàgines les més de quatre-centes de la més recent aportació prèvia en forma de llibre de Shavell: *Fairness versus Welfare*, escrit conjuntament amb Louis Kaplow, Catedràtic com ell de la Law School de Harvard²⁹.

El nucli de l'argument, gràficament reflectit en el títol del seu anterior llibre, és la incompatibilitat lògica entre aproximacions morals a les decisions col·lectives i aproximacions basades estrictament en el còmput i agregació dels benestars individuals dels membres d'una societat donada. Els criteris i regles morals, és a dir, aquells que incorporen dimensions alienes al benestar individual dels afectats³⁰, no han de tenir espai en l'adopció de polítiques públiques, més específicament, de les polítiques jurídiques.

Shavell és un clar defensor de la funcionalitat essencial dels sistemes morals, almenys d'aquells que incorporen les regles de conducta moral més elementals i universals en la seva acceptació (no danyar a altres, no mentir, ajudar als altres, castigar en proporció a la culpabilitat moral de l'autor d'una mala acció, etc.). Aquestes pautes, segons el seu criteri, serveixen de forma benèfica al benestar de les societats en què les mateixes es practiquen de forma majoritària, contribuint de forma apreciable a la supervivència i al progrés de les societats que a elles es conformen. Per aquest motiu és apreciable l'arrel biològicoevolutiva de molts sentiments morals elementals³¹. Però una cosa és que una majoria d'individus en una majoria de societats hagi interioritzat de

²⁹ Publicat per Harvard University Press l'any 2002. L'obra, com també els treballs previs en què es recolzava, ha suscitat un viu debat teòric entre economistes, juristes i filòsofs del Dret, que no es possible resumir en aquestes pàgines. Algunes de les principals aportacions a la polèmica són: 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).

³⁰ Shavell ens ofereix la següent noció de criteri 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."

³¹ Vegeu, Matt RIDLEY, *Human Instincts and the Evolution of Cooperation*, Viking Press (1996).

forma profunda moltes d'aquestes regles i pautes, tant per raons biològiques com culturals i de socialització, passant a integrar les preferències i el benestar d'aquestes persones, i una altra ben distinta és que els criteris morals hagin de tenir un pes propi i independent en l'enjudiciament de conductes, situacions o alternatives d'acció.

De forma indirecta, a través de les preferències dels subjectes, les regles morals poden i han de tenir incidència en les decisions col·lectives: posem per cas, si gaires individus han interioritzat la norma que fixa la sanció proporcionalment a la culpa de l'infractor, de forma que els mateixos experimenten una pèrdua de benestar quan saben que tal criteri moral, per a ells imperatiu, ha estat vulnerat, aquesta disminució de benestar ha de ser ponderada en l'adopció d'un Codi penal. Però no pel valor intrínsec de la norma moral, sinó per la seva incidència mediata a través del benestar dels individus que han interioritzat la regla.

El perquè del conflicte entre el valor *per se* dels criteris morals i l'economia del benestar se sustenta en un argument simple encara que subtil: l'adhesió intrínseca, com a norma de conducta col·lectiva, a criteris morals pot disminuir el benestar de tots, diem bé, de tots, els membres d'una determinada societat. És el que Shavell denomina el teorema del conflicte 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 els criteris morals tenen valor avaluatiu independent de la seva incidència sobre el benestar humà, podem arribar a l'extrem de fer prevaler el criteri moral fins i tot quan fer-ho redueixi el benestar de tots i cadascun dels individus. Pres seriosament, doncs, el valor autònom de les regles morals es posaria per davant de la voluntat, unànime i sense fissures, de totes les persones afectades per una certa decisió.

Això ha de conduir-nos, des d'una perspectiva estrictament econòmica, a renunciar a regular conductes mitjançant regles morals, mancades de l'obligatorietat jurídica de les normes legals? En absolut, perquè els sistemes morals són instruments molt poderosos per incentivar conductes socialment beneficioses, i la seva interacció i alimentació recíproca amb les normes de caràcter legal permet suplir bon nombre dels dèficits regulatoris d'unes i altres, utilitzades per separat. Díficilment una proposició sorprenent, perquè els polítics i els empresaris morals coneixen i dominen des de fa segles l'art de combinar les regles morals i les jurídiques.

Tanca aquesta secció dedicada a la relació del Dret amb la moral un capítol, el 28, dedicat a les qüestions relatives a la distribució de la renda i la riquesa, però no perquè es tracti de qüestions morals en el sentit que Shavell atribueix a aquesta expressió. En efecte, contràriament a la que acostuma a ser la creença comuna dins i fora de l'anàlisi econòmica del Dret, els problemes de distribució no són en absolut aliens a l'economia del benestar. El còmput i agregació dels benestars individuals en una funció de benestar social es veu típicament³² afectat de manera decisiva per la major o menor igualtat en la distribució de la renda i la riquesa.

³² No en tot cas, doncs, sense anar mes lluny, una funció de benestar social estrictament additiva o benthamiana no es veu afectada per problemes de distribució. Per suposat, no hi ha cap motiu teòric per preferir (ni per postergar) una agregació d'aquesta classe i no una altra de les innumerables alternatives.

D'això, no obstant, no es dedueix que l'anàlisi econòmica del Dret hagi de prestar atenció substancial a les qüestions distributives, segons Shavell. Al contrari, en analitzar les regles del Dret penal, o del Dret de danys o de contractes farà bé l'analista, com a regla, en no desviar la seva indagació cap a les qüestions de distribució. I el motiu és, simplement, d'avantatge comparatiu. Les regles generals del Dret privat i públic funcionen intrínsecament pitjor, per resoldre qüestions distributives, que el sistema fiscal i els subsidis públics a les persones de menor nivell de renda i riquesa.

L'argument³³ torna a ser aquí simple només en aparença. Utilitzar el sistema fiscal per a redistribuir riquesa genera una ben coneguda distorsió econòmica: alterar la decisió òptima entre treball i oci. Utilitzar el sistema jurídic (diguem, el Dret penal, imposant sancions més altes a qui més té), manté la distorsió anterior, però genera una nova, si renunciem a la regla jurídica més eficient per triar una altra que ho és menys, però que redistribueix riquesa en el sentit desitjat. Únicament ens queda un dubte: en un món en què les rendes gravables (almenys les de capital) no coneixen fronteres, no sabem (i resoldre el dubte és, creiem, tasca essencialment empírica) si és possible emprar tan sols el sistema fiscal per aconseguir els nivells de redistribució que considerem desitjables. Potser l'*opt-out* sigui més difícil en alguns (no en tots, per descomptat) espais objecte de regulació per normes jurídiques. Si és així, donar més pes a l'eficiència o a la redistribució és, simplement, ineludible.

9. Conclusió

Hi ha ja en el mercat un bon nombre de tractaments globals de primera qualitat sobre l'anàlisi econòmica del Dret, algun d'ells, fins i tot, dissenyat específicament pels juristes de tradició europea continental. *Foundations of Economic Analysis of Law* no és tan complet i exhaustiu en el seu abast com altres (el de Posner, assenyaladament), ni tan agradablement intuïtiu en moltes de les seves aplicacions (el de Cooter i Ulen, de forma notòria), ni permet una aplicació immediata a regles de Dret privat semblants a les del Dret espanyol (el de Schäfer i Ott, clarament). Està escrit, a més a més, en un anglès sec, pla, informatiu. Però qui té interès o potser només curiositat per una de les empreses intel·lectuals més apassionants de les ciències socials de l'últim quart de segle no té millor lloc on acudir. Shavell és, sense discussió, un dels protagonistes d'aquesta empresa.

³³ Essencialment procedeix de l'article de Louis KAPLOW i Steven SHAVELL, "Why the Legal System is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income", 23 *J. Leg. Stud.* (1994). Una crítica a 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", a Cass SUNSTEIN (ed.), *Behavioral Law and Economics*, Cambridge University Press (2000). La resposta de KAPLOW y SHAVELL, a "Should Legal Rules Favor the Poor?: Clarifying the Role of Legal Rules and the Income Tax in Redistributing Income", 29 *J. Leg. Stud.* (2000).