

EL

DERECHO

PARA

NO

JURISTAS

Una guía para entender el sistema jurídico

Alfred Font Barrot
José Luis Pérez Triviño

4.^a EDICIÓN

DEUSTO

EL DERECHO PARA NO JURISTAS

Una guía para entender el sistema jurídico

ALFRED FONT BARROT
JOSÉ LUIS PÉREZ TRIVIÑO



EDICIONES DEUSTO

© 2009 Alfred Font Barrot y José Luis Pérez Triviño

© Centro Libros PAFÉ, S.L.U., 2017

Deusto es un sello editorial de Centro Libros PAFÉ, S. L. U.

Grupo Planeta

Av. Diagonal, 662-664

08034 Barcelona

www.planetadelibros.com

ISBN: 978-84-234-2713-0

Depósito legal: B. 1.285-2017

Primera edición: febrero de 2010

Primera edición en este formato: febrero de 2017

Preimpresión: gama sl

Impreso por Romanyà Valls, S.A.

Impreso en España - *Printed in Spain*

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea éste electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (Art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con CEDRO a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 91 702 19 70 / 93 272 04 47.

Índice

Presentación	9
Capítulo 1. Derecho y economía	13
1.1. Recursos escasos. Asignación económica y restricciones	13
1.2. Prescripciones normativas institucionalizadas	16
1.3. Dilemas sociales. Interacción y coordinación.....	19
1.3.1. El dilema del prisionero	20
1.3.2. El incentivo a traicionar los pactos	24
1.3.3. Función estratégica del Derecho	26
1.4. Intervención del Estado en la economía de mercado.....	27
1.4.1. Títulos de propiedad, moneda y garantía de los pactos.....	27
1.4.2. Fallos de mercado	28
1.4.3. Clientes y ciudadanos	30
Capítulo 2. Estructura y fines del Derecho	35
2.1. La estructura del Derecho.....	35
2.1.1. Introducción.....	35
2.1.2. Las fuentes del Derecho y la jerarquía normativa.....	36
2.1.3. El Common Law	47
2.1.4. El Derecho: la sanción y el carácter institucionalizado.....	48

2.2. Los fines en el Derecho	56
2.2.1. Introducción	56
2.2.2. La seguridad	56
2.2.3. El Derecho y la moral: los límites de la intervención punitiva del Derecho	59
Capítulo 3. Organización del Estado y derechos fundamentales	73
3.1. Estado y ciudadanos	73
3.1.1. El Estado de derecho	74
3.2. El Estado constitucional español	77
3.2.1. La Corona	80
3.2.2. Las Cortes Generales.....	81
3.2.3. El Gobierno	83
3.2.4. El poder judicial	83
3.2.5. El equilibrio de poderes	85
3.2.6. La organización territorial: las comunidades autónomas.....	86
3.2.7. El Tribunal Constitucional	89
3.3. Constitucionalismo y derechos fundamentales	90
3.3.1. Introducción.....	90
3.3.2. Los derechos fundamentales.....	91
Capítulo 4. Mapa del Derecho positivo	105
4.1. Derecho público y derecho privado	105
4.2. Normas imperativas, dispositivas y por defecto	106
4.3. Las ramas del Derecho positivo.....	109
4.3.1. Constitucional.....	109
4.3.2. Internacional público y privado	110
4.3.3. Comunitario.....	113
4.3.4. Administrativo	114
4.3.5. Penal	116
4.3.6. Civil	118
4.3.7. Mercantil	119
4.3.8. Laboral	120
4.3.9. Procesal civil y penal	121
Capítulo 5. La justicia en la economía: entre la equidad y la eficiencia...	123
5.1. Entre la justicia y la eficiencia	123
5.1.1. La diversidad de tradiciones en la economía: la justicia y la eficiencia	124

5.2. El Análisis Económico del Derecho	130
5.3. Las teorías de la justicia	133
5.3.1. El utilitarismo	134
5.3.2. La teoría liberal de John Rawls.....	138
5.3.3. El libertarismo de Robert Nozick.....	145
Notas	153
Bibliografía	157

DERECHO Y ECONOMÍA

ALFRED FONT BARROT

1.1. Recursos escasos. Asignación económica y restricciones

Todo futuro economista entra en contacto, ya en las primeras horas de sus estudios universitarios, con la noción de *recursos escasos*.¹ A partir de esa idea de recursos escasos se puede desplegar el concepto de economía y determinar el objeto de la ciencia económica.

La ciencia económica es una ciencia social que estudia cómo se asignan, y también cómo se debieran asignar, recursos escasos susceptibles de usos alternativos.

Quizá como descripción del objeto de la economía resulte un poco abstracta, pero sin duda es pertinente. Aunque pronto las cosas se irán complicando y los instrumentos de análisis se irán sofisticando, esa noción básica, esa disyuntiva última entre hacer una cosa u otra —y la medición del coste de la elección— se mantendrá como un referente del economista durante todos sus estudios y aún más allá, durante toda su vida profesional.

Los estudiantes de Derecho, en cambio, no tienen la misma suerte que los de Economía en cuanto a poder identificar, en un plazo razonablemente breve, cuál va a ser el objeto de sus estudios. A quienes se disponen a estudiar Derecho la comunidad de los juristas les comunica de entrada, con sospechosa complacencia, que la noción de *Derecho* es en sí misma objeto de especulación y de perplejidad, que no existe acuerdo sobre sus propiedades, que tiene muy variadas acepciones y que su sentido no está claro en ninguna de ellas. No es de extrañar que un ilustre ex estudiante (el autor de *Madame Bovary*) escribiera en su *Diccionario de los lugares comunes* la siguiente definición de la disciplina: «*Derecho* (el): no se sabe lo que es.»²

Puesto que nosotros no nos dirigimos a juristas, sino precisamente a quienes no lo son, explicitaremos inmediatamente nuestro punto de partida. La noción básica de Derecho nos parece sorprendentemente fácil de formular: *el Derecho es un sistema institucionalizado de restricciones que se impone a las decisiones de las personas.*

En este sentido que acabamos de enunciar el Derecho parece ser lo opuesto a la economía. La economía (singularmente la que trabaja sobre el modelo liberal de mercado) se concentra en identificar los incentivos que motivan las decisiones que adoptan personas (supuestamente) racionales que persiguen maximizar su bienestar, mientras que el Derecho, en cambio, se concentra en conseguir que esos mismos sujetos (supuestamente) racionales adopten decisiones *en contra* de sus incentivos inmediatos, cuando tal desviación del propio interés es considerada socialmente útil. Esta idea de la utilidad social se suele conceptualizar con la expresión *interés general*.

La economía se dedica en gran medida a observar y a describir comportamientos (*análisis positivo*) y cuando adopta una función prescriptiva (*análisis normativo*) se remite normalmente a criterios de *eficiencia* en la asignación de los recursos. El Derecho en cambio se concentra fundamentalmente en *prescribir* comportamientos, en principio remitiéndose a criterios de *justicia* y también de *coordinación* y *aseguramiento de expectativas*, como se verá al analizar las funciones del Derecho.

Se supone que el Derecho impone un orden —deseable para el interés general— ahí donde éste no se produciría espontáneamente. La propia etimología de la palabra «derecho» (que deriva del latín *directus*, participio de *dirigere*, es decir, «dirigir», «conducir») sugiere esa idea de llevar a alguien a algún sitio al que probablemente no habría ido por su propia iniciativa.

La comunidad de los juristas —o la numerosa fracción de esa comunidad que vive desconectada del pensamiento económico— puede estimar excesivamente reduccionista esa noción de Derecho como *restricción*, esa idea de un Derecho que nos impide hacer lo que deseamos o que nos fuerza a hacer lo que no queremos. «¿Qué hay de los derechos subjetivos, de las facultades, de las autorizaciones, de las reglas de competencia?», nos podrían preguntar. Es cierto que el Derecho también nos confiere facultades, por ejemplo la facultad de dominio excluyente sobre una cosa, conocida como *derecho de propiedad*. Pero si nos fijamos bien, veremos que esa atribución del derecho de propiedad a una persona en concreto significa en realidad la prohibición de disponer de esa misma cosa a todas las demás personas del mundo, a muchas de las cuales les gustaría poder utilizarla. Pero el Derecho se lo impide, restringe su libertad de acción y mediante la introducción de un coste, como veremos más adelante, los obliga a cambiar sus incentivos. En el mismo sentido, cuando el Derecho adjudica competencias, por ejemplo quién puede legislar, quién juzgar, quién dictar ordenanzas municipales, también —y fundamentalmente— está prohibiendo tales actuaciones a todos aquellos que no son, respectivamente, el parlamento, los jueces o los ayuntamientos.

Hemos dicho que en una primera aproximación el Derecho parece ser lo opuesto a la economía. Sin embargo, si observamos la cuestión con cierta atención veremos que probablemente son dos caras de la misma moneda. De hecho, el origen último del análisis económico y el de la restricción de comportamientos es el mismo: la *escasez de recursos* y el *conflicto* de intereses derivado de ella. La escasez relativa de recursos (aquí ya no únicamente en el sentido de recursos materiales para la actividad económica; también la libertad, por ejemplo, es un bien escaso y nuestra autonomía personal para elaborar planes de vida entra en conflicto con la autonomía de los demás para elaborar los suyos) de los que dispone la sociedad determina la imposibilidad de satisfacer todas las demandas y objetivos de todas las personas en toda su extensión. Esta incompatibilidad de objetivos entre personas, o grupos, expresa un conflicto que hay que dirimir.

Por ejemplo, la economía estudia cómo se asigna el recurso escaso «automóvil», analiza en qué punto se cortan las curvas de la oferta y la demanda y cómo se determina un precio que los compradores estén dispuestos a pagar por un coche que otro agente económico esté dispuesto a fabricar y a vender por esa misma suma. Comprador y vendedor siguen sus propios incentivos y, según la célebre expresión

de Adam Smith,³ una *mano invisible* guía sus elecciones para que de ellas resulte el bienestar global de la sociedad (abstengámonos por el momento de poner en duda tan optimista conclusión). Pero una vez adquirido, el automóvil compartirá las carreteras con otros vehículos cuyos conductores decidan hacer lo mismo. Cómo se tiene que asignar eficientemente el recurso escaso «carretera compartida» (combinado con el recurso escaso «integridad física») nos plantea un problema cuya resolución no se produce espontáneamente como resultado de elecciones múltiples guiadas o no por una mano invisible. Probablemente, la mayoría de nosotros estaremos de acuerdo en que la solución requiere una intervención que restrinja nuestro primer impulso de conducir como si la carretera estuviera a nuestra exclusiva disposición. El Derecho se ocupa entonces de prescribir cómo se debe circular por las carreteras. Obsérvese que si cada conductor dispusiera de una vía para él solo (es verdad que muchos conductores actúan como si ése fuera el caso) no tendría sentido que el Derecho interviniera.

1.2. Prescripciones normativas institucionalizadas

¿Cómo se imponen las restricciones?, o lo que es lo mismo: ¿cómo se prescribe?

En términos generales el Derecho prescribe mediante *reglas* o *normas* de comportamiento, es decir, enunciados que prohíben, obligan o autorizan a hacer alguna cosa (bien de manera directa, bien implícitamente) y que imponen un coste, llamado *sanción*, a quienes incumplan la prescripción.

A diferencia de las normas sociales, cuya transgresión tiene una sanción (o coste) en forma de reproche social, o de las normas morales, cuya sanción es un reproche interno, o de una norma religiosa, cuyo incumplimiento supone un castigo divino y/o eclesial, las *normas jurídicas* están conectadas a una sanción regulada y aplicada *institucionalmente* por el Estado. Por tal razón los juristas —tras muchos rodeos— suelen estar de acuerdo en considerar el Derecho, en su conjunto, como un *sistema normativo institucionalizado*.

Obviamente, para que la prescripción tenga éxito ha de estar a prueba de elección económica, esto es, ha de tomar en cuenta y anticipar los *incentivos* de sus destinatarios. Dicho de otra manera, la sanción ha de implicar un coste superior al eventual beneficio del incumplimiento de

la norma. Sólo así se podrán modificar las preferencias y se obtendrá el cambio de comportamiento deseado.

Veamos un ejemplo de prescripción:

Artículo 197.I. de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, cuyo texto dice:

«... El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.»

Cuando el coste futuro por haber incumplido la prescripción es percibido como claramente superior al beneficio presente de incumplirla, la norma es disuasoria. Por el contrario, si el beneficio de incumplir es claramente superior al coste que representa la sanción —bien porque la sanción es débil, bien porque el procedimiento de aplicación de castigos no funciona correctamente— la norma tiende a fracasar.

Por ejemplo, las normas que regulan los horarios y días de apertura o cierre de los establecimientos comerciales tienen una sanción en forma de multa administrativa. Todos aquellos establecimientos cuyos beneficios por abrir en horario prohibido son claramente superiores al coste de la multa tienen un incentivo para incumplir la norma.

El sistema normativo institucionalizado (o *sistema jurídico*) es un instrumento para conseguir ciertos objetivos socialmente útiles que no se alcanzarían si no interviniera una modificación de los incentivos que determinan el comportamiento de las personas.

Es importante subrayar ese carácter *instrumental* del Derecho, y poner de relieve su dimensión fundamentalmente *técnica*, para enten-

der que la restricción no se justifica por sí misma ni por una inspiración del más allá ni por una voluntad soberana, sino que es una herramienta para la consecución de ciertos objetivos. Cuáles sean esos objetivos y cómo se determinen también es otro aspecto fundamental de la cuestión, que de momento no tomamos en cuenta y que se abordará al tratar de los fines del Derecho y de la justicia. Pero, técnicamente, el Derecho puede ser juzgado por sus resultados, exactamente igual que el buen funcionamiento de un grifo o el vuelo eficiente de un avión califican el trabajo del fontanero o el del ingeniero aeronáutico.

Por ejemplo, los economistas liberales suelen decir que la mejor manera de destruir una ciudad —si descartamos un bombardeo— es una ley que limite el importe máximo de los alquileres. Se trata efectivamente de un resultado indeseado generado por un error técnico normativo. El legislador no ha anticipado que a partir de un cierto momento el propietario no tendrá incentivos para hacer reparaciones y los edificios se deteriorarán hasta la ruina.

Sin embargo, el Derecho ha permanecido demasiado tiempo al abrigo de cualquier control de calidad. Los juristas de todos los tiempos y de todos los países han hecho cuanto han podido para desalentar la crítica social. Utilizan barreras de entrada —la principal es una jerga deliberadamente excluyente y llena de sobreentendidos— y defienden su parcela de poder recitando como *mantras*, de generación en generación, razonamientos tautológicos y triviales refranes en latín. Ahora bien, en una sociedad moderna el Derecho no puede estar al servicio de sí mismo o de su propia conservación, ni menos aún al de un cuerpo sacerdotal —en este caso el de los juristas— dotado de inmunidad. Por ello, es fundamental someter todas las normas a la crítica funcional, al análisis estratégico y a la evaluación de costes y beneficios. Éste es un razonamiento para el que sin duda los economistas están bien preparados. En cambio, quizá no están tan preparados para la confrontación de la economía con criterios externos, como la justicia.

Puesto que para prescribir eficazmente es necesario estar provisto de algún tipo de autoridad, el Derecho (y también la reflexión sobre el Derecho) ha estado históricamente conectado con los avatares de la detentación de la *fuera coactiva* en las sociedades humanas. Si se mira hacia atrás se puede observar con facilidad cómo el Derecho ha sido históricamente (y de hecho sigue siendo en muchos lugares del mundo) un instrumento de imposición de comportamientos que nada tienen que ver con el interés general y sí con el control y la explotación ejercidos

por ciertos grupos dominantes (políticos, económicos, étnicos, religiosos, etc.) que detentan o participan de la fuerza y la aplican en su propio interés.

Los legisladores más remotos ya pretendían haber recibido instrucciones directamente de alguna divinidad. Así, las leyes eran sagradas y una infracción de la ley se consideraba también como un sacrilegio, lo que reforzaba el poder del soberano. El más antiguo código legal que se conoce es el de Hammurabi (Rey de Babilonia entre 1792-1750 a. C.) y está contenido en una estela de piedra en cuya cúspide se ve a Hammurabi recibiendo las leyes del propio dios Marduk. Por su parte las religiones han venido insistiendo hasta hoy mismo, por desgracia con bastante éxito, en que sus interminables listas de pecados se apliquen también como prohibiciones legales, y no sólo para sus adeptos, sino para el conjunto de los ciudadanos.

Pero también se puede observar que el Derecho ha sido un instrumento significativo en la larga lucha de la humanidad por la emancipación, es decir, por la igualdad, por la libertad, por la dignidad y por la seguridad. Estos son los materiales, como veremos más adelante, de los que está hecha la justicia. Otro ex estudiante de Derecho (Victor Hugo, autor de *Los Miserables*), describía en un arranque de entusiasmo revolucionario la fuerza del Derecho como instrumento emancipador: «El derecho es lo justo y lo verdadero... (y a diferencia del hecho) lo propio del derecho es permanecer eternamente bello y puro.»⁴

La nobleza que Victor Hugo atribuye al Derecho se expresa en algunos textos fundacionales del mundo moderno —de nuestro mundo— como la Constitución de EE.UU. (Convención de Filadelfia, 1787) y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Asamblea Nacional Constituyente, París, 1789).

1.3. Dilemas sociales. Interacción y coordinación

La historia de la civilización es la historia de la cooperación (los economistas dirían: de la *división del trabajo*). O, mejor dicho, la historia de cómo se encuentra un equilibrio entre la necesidad objetiva de la cooperación para que se produzca el progreso y el conflicto entre los intereses individuales. Ahora bien, la cooperación no surge siempre por sí sola, ni en términos generales ni en el contexto de las situaciones que simultáneamente plantean la necesidad de la cooperación y el

conflicto de intereses, en las que el incentivo a competir para obtener un beneficio inmediato complica la evaluación de las ventajas futuras del comportamiento cooperativo. Para que la cooperación surja, y permanezca estable, es necesario que se den las condiciones estratégicas para ello.

1.3.1. *El dilema del prisionero*

Un célebre modelo de la *teoría de juegos*⁵ muestra las dificultades de conseguir la cooperación precisamente en determinados supuestos en los que el resultado cooperativo sería preferido por todos los implicados al resultado no cooperativo. Se trata del denominado *dilema del prisionero*.⁶

El dilema del prisionero es un modelo de juego, construido en torno a las rutinarias habilidades policiales para hacer confesar a los detenidos, cuyo equilibrio (o resultado estable), determinado por la concurrencia de la mejores estrategias individuales a disposición de cada jugador, es ineficiente (en el sentido de Pareto,⁷ es decir, existen otros resultados posibles en el mismo juego que proporcionarían mayor beneficio a alguno o a todos los jugadores sin disminuir correlativamente el beneficio de otros). Hay que tener en cuenta, para entender su funcionamiento, que se trata de un juego de turno estrictamente simultáneo (cada jugador juega sin haber podido observar la jugada del otro), que se juega una sola vez, con información completa y simétrica para ambos jugadores, sin comunicación posible entre ellos y sin que haya sido posible establecer acuerdos previos ni prever ulteriores castigos disuasorios.

El dilema se ha explicado de muchas maneras, Dixit y Nalebuff⁸ lo plantean sarcásticamente en los términos siguientes:

Un director de orquesta ruso (durante la época de Stalin) viaja en tren de Moscú a Leningrado. Sentado tranquilamente en su solitario compartimento, estudia la partitura del concierto para violín y orquesta de Tchaikovsky que tiene que dirigir en Leningrado la semana siguiente. Unos agentes del KGB (particularmente torpes) que le espían desde el corredor sospechan que el director es un agente al servicio de una potencia extranjera y que está consultando un código secreto. Lo detienen y lo conducen a las temibles mazmorras de la plaza Dzerzhinsky. «De nada te valdrán tus protestas

de inocencia —dicen al aterrizado director— porque ya hemos detenido a tu cómplice, ese tal Tchaikovsky, y en estos momentos lo estamos interrogando para que confiese todo lo que sabe.» Efectivamente, un pobre ciudadano sin otra culpa que la de llamarse Tchaikovsky se encuentra igualmente aterrizado en otra de las mazmorras del siniestro edificio. El KGB no utiliza la violencia para obtener la confesión que pretende, simplemente plantea a cada uno de los inocentes detenidos la siguiente estructura de resultados:

Si tú confiesas que sois dos espías y el otro no confiesa, a ti te caerá sólo un año de prisión, como premio por colaborar con el KGB, mientras que al otro, por recalcitrante, le caerán veinte años. Si es el otro quien confiesa que sois dos espías y tú no confiesas, al otro le caerá sólo un año, como premio por colaborar con el KGB, mientras que a ti, por recalcitrante, te caerán veinte años. Si los dos confesáis nadie será premiado ni más intensamente castigado, os caerán diez años a cada uno. Queda una última posibilidad, que ninguno de los dos confiese, en cuyo caso no tendremos pruebas y sólo podremos imponeros tres años a cada uno (una pena adecuada en la antigua URSS ante la ausencia de pruebas).

La matriz representativa del dilema es la siguiente (representamos la *desutilidad* de los años de cárcel mediante números negativos equivalentes, lo cual no es muy exacto pero como ejemplo es permisible):

FIGURA 1.1.

Dilema del prisionero

		Director	
		no confesar	confesar
Tchaikovsky	no confesar	-3 años / -3 años	-1 años / -20 años
	confesar	-20 años / -1 años	-10 años / -10 años (equilibrio de Nash del juego)

En el dilema del prisionero, el equilibrio de Nash⁹ del juego se produce únicamente en la casilla confesar/confesar. En cualquier otra casilla siempre hay uno o dos jugadores que, dada la decisión del otro, incrementarían su recompensa cambiando su propia jugada.

El director medita y analiza su situación: «El pobre Tchaikovsky puede estar confesando o resistiendo. En el primer supuesto —Tchaikovsky está confesando—, si yo no confieso me caen 20 años y si confieso me caen 10. Entonces, me conviene más confesar. En el segundo supuesto —Tchaikovsky está resistiendo—, si yo no confieso me caen tres años y si confieso me cae solo uno. También en este caso me conviene más confesar», concluye el director.

Por su parte, Tchaikovsky está haciendo el mismo razonamiento. Tanto si el director está confesando como si está resistiendo, a Tchaikovsky le conviene más confesar.

Puesto que ambos llegan a la misma conclusión, el resultado es que ambos confiesan y que cada uno recibe una condena de 10 años. El equilibrio de Nash (o resultado estable) del juego es la casilla inferior derecha.

Ahora bien, este equilibrio es claramente ineficiente, es decir, el resultado no es óptimo en el sentido de Pareto porque existe otra posibilidad, la casilla superior izquierda, en la que todos mejorarían su utilidad. En efecto, si ninguno de los dos confesara se produciría un resultado conjunto $(-3 -3)$ preferible para ambos al resultado de confesar $(-10 -10)$ y sin embargo la estrategia dominante de cada jugador, aquella que es uniformemente mejor haga lo que haga el otro jugador, es confesar. ¿Cómo se explica esta paradoja?

Los dos condenados se encuentran en el gulag y se lamentan amargamente. «Nos la jugaron —se dicen el uno al otro—. Si hubiéramos podido comunicarnos nos habríamos puesto de acuerdo para no confesar y ambos habríamos salido en tres años en lugar de en diez.» Efectivamente, si se hubieran puesto previamente de acuerdo y no se hubieran traicionado después, el resultado habría sido de tres años para cada uno. Pero en el fondo saben que ese resultado seguiría siendo muy improbable, que una vez solos en sus mazmorras no podrían estar seguros de que el otro iba a mantener su compromiso. El acuerdo en la casilla superior izquierda de la matriz sería muy inestable porque el incentivo para traicionar

sería demasiado atractivo. En efecto, cada uno prefiere un año a tres años y, por tanto, cada uno seguirá prefiriendo confesar antes que no confesar. «Y si el otro me traiciona —puede pensar cada uno—, las consecuencias para mí son catastróficas (veinte años). Por tanto, traiciono yo también, aunque sea preventivamente, y sigo mi estrategia dominante. Así, si el otro ha resistido me caerá sólo un año y si el otro ha confesado evito que me caigan veinte años y me caen sólo diez años.»

Esta es la explicación a la aparente paradoja del dilema del prisionero: el resultado conjuntamente preferible sólo podría ser obtenido si cada uno siguiera su estrategia individualmente peor —no confesar—, que es una estrategia dominada vulnerable a la explotación del otro jugador.

El dilema del prisionero muestra la necesidad de la cooperación (ambos prisioneros estarían mejor si cooperaran entre ellos y no con el KGB) y, a la vez, muestra que en ciertas condiciones la persecución racional del propio interés por cada uno de los jugadores conduce fatalmente a un equilibrio ineficiente, es decir, a un resultado peor para ambos que otros resultados posibles, en definitiva a un resultado no deseado. Parece claramente un desmentido del acierto de la famosa *mano invisible* que, según Adam Smith¹⁰ (1776), guía al agente económico para que sus elecciones, aun cuando persiga exclusivamente su ganancia personal, redunden en una finalidad que no formaba parte de sus intenciones: el interés de la sociedad. La contradicción es tanto más contundente en cuanto el modelo del dilema no altera el presupuesto del propio interés como móvil del comportamiento.

Las personas, las sociedades, los Estados, los agentes económicos se ven continuamente atrapados en el dilema del prisionero. Los procesos de desarme nuclear, la paz entre las naciones, la recaudación fiscal, la limpieza de la cocina y el baño en un apartamento de estudiantes y otros infinitos aspectos del bienestar colectivo están constantemente en peligro porque los jugadores se debaten entre la necesidad objetiva de la cooperación, el miedo a ser explotado y el incentivo a traicionar aprovechándose de la cooperación de los otros sin cooperar uno mismo.

De hecho, el modelo del dilema del prisionero alude a un problema básico que es a la vez moral y político y que ha preocupado a la humanidad probablemente desde que empezó la vida en comunidad y en todo caso desde que existe constancia escrita de la historia del pensamiento filosófico. Respuestas clásicas para la resolución del dilema son por ejemplo la denominada regla de oro, que prescribe tratar a los demás como nos gustaría que los demás nos trataran a nosotros;¹¹ la idea del hipotético contrato social, fundada en la conveniencia de ceder una parte de nuestra autonomía y delegarla en una autoridad central que a su vez nos defienda de las agresiones de los otros;¹² la prescripción kantiana¹³ de actuar de tal forma que tu comportamiento pueda convertirse en una ley universal y, mucho más modernamente, el principio *tit for tat* o de *reciprocidad* de Axelrod¹⁴ consistente en instaurar un patrón de comportamiento que empieza cooperando en la primera interacción y, a partir de la segunda, responde al otro en los mismos términos en los que el otro se ha comportado en la interacción anterior, esto es, coopera con el que ha cooperado y traiciona al que ha traicionado, pero restaura la cooperación inmediatamente después de que el otro la haya restaurado a su vez.

En todo caso, en términos estratégicos, quienes se hallen atrapados en un modelo de dilema del prisionero no podrán cooperar, aunque lo deseen, hasta que encuentren una forma de neutralizar el incentivo a traicionar.

1.3.2. *El incentivo a traicionar los pactos*

William Poundstone¹⁵ recuerda el espantoso drama de la traición recíproca al que asistimos sobrecogidos en la ópera *Tosca*, de Puccini,¹⁶ acabado ejemplo de lo que acontece cuando el pacto no coincide con el equilibrio de Nash del juego.

La protagonista de la obra es la bellísima cantante Floria Tosca, enamorada del pintor Mario Cavaradossi, y la historia transcurre en el verano del año 1800, en la dorada y tenebrosa Roma sometida al yugo de la reacción borbónica y pontificia, mientras republicanos y absolutistas esperan cada uno por su lado las noticias del resultado de la batalla de Marengo. El cruel

jefe de la policía, el todopoderoso barón Scarpia, ejerce el terror. El nudo dramático culmina cuando Cavaradossi, que ha sido condenado a muerte por conspirar contra la tiranía, espera en la cárcel a ser fusilado. Tosca acude desesperada a suplicar a Scarpia por la vida de Mario. Scarpia, que la recibe con un rictus libidinoso y malvado, le propone el siguiente trato: «Si eres mía aquí mismo, ahora, salvaré la vida de tu amante ordenando que le fusilen sin balas. Él estará advertido, caerá al suelo fingiéndose muerto y cuando el pelotón se retire podrás huir con él.» Tosca acepta el trato con una condición: da primero la orden irrevocable de disparar sin balas y entonces será tuya. Scarpia llama a un esbirro y le dice: «Prepara una ejecución simulada, como hicimos con el conde Palmieri, ¿lo entiendes?» El oficial se retira y Scarpia, como una torva encarnación del mal, se cierra sobre Tosca que, pálida como una muerta, va a entregarse al verdugo... pero en el momento del abrazo fatal los espectadores descubrimos que Tosca ha encontrado sobre la mesa un afilado abrecartas y que lo hunde en la espalda del terrible Scarpia. Scarpia cae al suelo, agonizante. Tosca se aparta para verlo morir y dice con desprecio, mirando al público: «Y pensar que toda Roma temblaba frente a él.» En el acto siguiente asistimos a la representación de la ejecución. Cavaradossi va a ser fusilado con los cartuchos de fogueo, vivirá, podrán huir, el amor y la felicidad de los seres libres triunfarán sobre el oscurantismo y la tiranía... Tosca contempla escondida la terrible escena. Mario cae, como estaba previsto, los soldados se retiran, ella corre hacia su amante: «Mario, Mario, somos libres, levántate, Mario, Mario...», pero Mario no puede levantarse, está muerto. Scarpia también había traicionado el pacto. Tosca se arroja desesperada a los fosos del castillo.

El drama era previsible para quien piense estratégicamente. La razón ya la conocemos:

Si se interacciona una sola vez y no hay posibilidad de castigos ulteriores, los pactos son altamente inestables cuando se sitúan en una opción que no es el equilibrio de Nash del juego. Tanto en la hipótesis de que una parte vaya a cumplir lo acordado como en la hipótesis de que vaya a traicionarlo, al adversario le conviene traicio-

nar el pacto porque de esta forma obtiene un beneficio individual mayor.

Puesto que ambos analizan de la misma forma la situación, ambos prefieren explotar al otro antes que el otro lo explote a él. «Lo mejor para mí es que el otro cumpla el pacto y yo lo traicione y lo peor que me puede pasar a mí es que yo lo cumpla y el otro me traicione. Así que los dos llegamos a la misma conclusión y los dos traicionamos.»

1.3.3. *Función estratégica del Derecho*

De hecho, si no existe una autoridad exterior que garantice los pactos (o algún mecanismo equivalente) siempre que el equilibrio de Nash se sitúe en la traición hay que presuponer que la traición se producirá. Esta es una de las justificaciones de la existencia del Derecho.

La primera obligación del Estado sería cambiar los incentivos del juego en los dilemas sociales y establecer un mecanismo que detecte a quien se aprovecha de la cooperación de los otros sin cooperar él mismo a su vez (el llamado *free rider* o *parásito*) y le imponga un castigo en forma de coste futuro disuasorio. Si el mecanismo está correctamente diseñado, se espera que el tramposo prospectivo haga un cálculo económico (coste/beneficio) que le inducirá a cumplir la ley y por tanto a actuar de acuerdo con el interés general.

Nótese que para que el castigo sea disuasorio debe tener la intensidad suficiente en relación con las probabilidades de detección del incumplimiento (la relación es inversamente proporcional) y presentarse con simplicidad y claridad (esto es, debe ser fácil de evaluar prospectivamente). Por último, ha de existir una expectativa positiva generalizada sobre la certeza de su aplicación.

El mecanismo del castigo disuasorio tendrá también un efecto sobre el *jugador bueno*, el que ya pensaba adoptar la elección colectivamente preferible: reforzará sus expectativas de que los demás también cumplirán que por tanto vale la pena seguir adoptando la elección cooperativa.

Si el sistema normativo falla en alguna de sus fases (sea en la de identificación del culpable o en la de imposición efectiva de los castigos) se observa una regresión al *estado de naturaleza* de «todos contra todos».

Por ejemplo, si yo me adhiero totalmente a la regla de no dejar estacionado el coche en doble fila, la experiencia cotidiana de circular lenta y peligrosamente hasta la universidad porque hay muchos coches y camiones estacionados en doble fila a *quienes nadie castiga* desalienta mi comportamiento socialmente cooperativo y me inclina a adoptar un comportamiento de *free rider*.

1.4. Intervención del Estado en la economía de mercado

Llamamos *mercado* a grupos de compradores y vendedores de bienes, activos o servicios (y también al espacio real o virtual en el que se encuentran). Los compradores en su conjunto determinan la *demanda* de un producto y los vendedores en su conjunto determinan la *oferta*.

La economía de mercado se basa en la creencia de que los mercados de competencia perfecta¹⁷ son el mejor mecanismo para asignar los recursos y organizar la actividad económica porque el mecanismo de los *precios* (que es el instrumento del que se vale la mano invisible que ya mencionamos) expresa tanto el valor de un bien para la sociedad como el coste social de producirlo.

Llamamos *Estado*¹⁸ a la organización jurídico-política que detenta la soberanía sobre una población y un territorio y que, como institución, genera y sanciona de manera excluyente el conjunto de normas que integran un determinado sistema jurídico.

1.4.1. Títulos de propiedad, moneda y garantía de los pactos

Para que se puedan dar las condiciones de funcionamiento del mercado, el Estado, que como acabamos de decir es el generador del Derecho, ha de proveerlo previamente de ciertos instrumentos legales básicos en ausencia de los cuales la economía de mercado no puede desarrollarse. Podemos identificar como los más significativos los siguientes: *la certeza de los títulos de propiedad, la fiabilidad del valor de la moneda y la garantía de cumplimiento de los acuerdos*.

La economía regresaría a estadios arcaicos de trueque si existieran incertidumbres significativas sobre la propiedad de las cosas que están en el mercado, sobre el valor del dinero o sobre las expectativas de cumplimiento de los contratos.

Los *títulos de propiedad* suministran la identificación de un recurso, confieren a su dueño autoridad legal excluyente sobre el mismo y lo convierten en un activo dotado de transferibilidad y, por consiguiente, de *valor de cambio*.

Para explicar los efectos económicos de los títulos de propiedad (en comparación con el destino más pesimista de los recursos comunes) los economistas suelen poner el ejemplo de las vacas y los elefantes. La carne de vaca tiene mucha demanda y el marfil de los colmillos de los elefantes (cuyo tráfico está prohibido) también, ¿por qué entonces los elefantes —que tienen leyes que los protegen— están en peligro de extinción y las vacas no?: porque las reses son un bien privado y tienen un propietario interesado en que se alimenten y reproduzcan, y los elefantes caminan sin dueño por la selva indefensos ante los ataques de los cazadores furtivos.

En esa línea de pensamiento se puede observar una tendencia a poner en marcha programas de titulación de la propiedad de casas modestas y autoconstruidas en barrios desfavorecidos con el fin de liberar una fuerza de mercado que ayude al desarrollo.

La fiabilidad del *valor de la moneda* permite referir el intercambio a los precios. La garantía de cumplimiento de los pactos, a cargo de un sistema judicial eficaz, asegura expectativas sin las cuales las operaciones comerciales no se producirían porque, una vez que el otro hubiera cumplido su parte, lo que a mí me convendría más sería no cumplir la mía.

1.4.2. Fallos de mercado

Pero una vez el mercado está en condiciones de operar aparecen nuevas situaciones que requieren intervención exterior. Aún admitiendo que los mercados reales participen de las cualidades de los mercados de competencia perfecta los economistas están de acuerdo en que la mayoría de los mercados reales tienen problemas de eficiencia y generan situaciones en las que el precio no refleja fielmente el valor social atribuido al bien ni el coste social de producirlo. Se trata de los llamados *fallos del mer-*

cado, o situaciones en las que el mercado no asigna eficientemente los recursos por sí solo.

Existe un consenso generalizado entre los propios economistas liberales según el cual los fallos de mercado que requieren la intervención del Estado son básicamente dos: las *externalidades* y el *poder de mercado*. El Estado interviene en el mercado por medio del Derecho, es decir, como ya sabemos, mediante normas que establecen prescripciones. Los economistas suelen decir que el Estado impone *regulaciones* a los mercados. Podemos ver cómo operan algunas de las intervenciones más importantes.

1.4.2.1. *Externalidades*

Las *externalidades* son costes o beneficios derivados de una actividad económica que no se agregan a los costes o beneficios de quien la desarrolla.

Ejemplos de costes externos muy reconocibles son los perjuicios de todo tipo producidos por algunas actividades económicas a otras personas o al medio ambiente (contaminación del aire y los ríos, ruidos, residuos) que no son soportados económicamente por el titular de la actividad. Beneficios externos son aquellos que proporcionan ventajas o utilidad a terceros pero que no les pueden ser cobrados (como el efecto beneficioso de las mejoras privadas introducidas en el paisaje urbano o en el medio ambiente o los descubrimientos científicos o tecnológicos).

La intervención del Derecho en el caso de las externalidades persigue el objetivo de *internalizar la externalidad*, esto es, imputar de alguna forma a la propia actividad el coste o el beneficio que origina. Así, como norma general, una externalidad negativa requiere una intervención en forma de *impuesto* (derechos de contaminación, gravámenes sobre los carburantes o el alcohol) y una externalidad positiva requiere una intervención en forma de *subvención* (becas de investigación, patentes, ayudas a la restauración de edificios). Cuando el coste externo es netamente superior al beneficio de la actividad, ésta se prohíbe (por ejemplo, la pesca de arrastre).

1.4.2.2. *Poder de mercado*

El *poder de mercado* es la capacidad de un único agente económico (o de un grupo reducido de ellos) para influir decisivamente en los precios eludiendo la competencia. Se trata de los *monopolios* y *oligopolios*

y también de las llamadas *prácticas monopolistas* o *contrarias a la libre competencia*.

El Derecho interviene para asegurar la competencia mediante las leyes antimonopolios o de defensa de la competencia.

Las normas de casi todos los países con economía de mercado consideran una infracción muy grave los acuerdos de colusión entre empresas para fijar precios, limitar la producción o repartirse los mercados, así como los cárteles o asociaciones de empresas con finalidad monopolística u oligopolística. En algunos países existen leyes que prohíben incluso hablar entre sí de precios o tarifas a los ejecutivos de las distintas compañías que compiten en el mismo mercado. Adam Smith¹⁹ ya ponía en guardia sobre tales conversaciones en el siglo XVIII: «Raras veces se juntan las personas que ejercen el mismo negocio, pero cuando lo hacen la conversación acaba en una conspiración contra el público o en alguna maquinación para subir los precios.»

1.4.2.3. *Monopolios naturales*

En el caso de los llamados *monopolios naturales* (compañías de suministro de agua, gas, electricidad, etc.) el Derecho interviene mediante la regulación de las condiciones de la prestación del servicio. En algunos casos de monopolio natural (por ejemplo, el correo postal o los bomberos) el Estado puede asumir directamente la titularidad y la prestación del servicio.

1.4.3. *Clientes y ciudadanos*

Los mercados pueden resolver problemas de eficiencia en la generación y asignación de recursos pero no pueden —ni lo pretenden, porque no están diseñados para ello— producir *equidad* (igualdad de derechos, de trato, de oportunidades) ni *proveer bienes públicos* (ya que se trata de bienes y servicios que se prestan universalmente, sin que nadie pueda ser excluido de sus beneficios, por ejemplo: la defensa, la justicia, la educación obligatoria, etc.).

El Estado, en cambio, provee a los ciudadanos de ciertos servicios públicos cuya cantidad y alcance depende mucho de los distintos estándares del Estado de bienestar. Los economistas liberales tienden a mirar con cierta desconfianza la capacidad del Estado para proveer

eficientemente servicios que —sostienen habitualmente— prestaría mejor la iniciativa privada. Este es un debate abierto y muy complejo del que se ocupan también la filosofía y la economía política. Existen ejemplos y contraejemplos para todos los puntos de vista. Sin embargo, a menudo se crea una confusión interesada. La actividad del Estado en la provisión de bienes y servicios públicos no es comparable con la actividad del mercado porque el segundo retribuye a los individuos de acuerdo con la capacidad que tales individuos tienen de producir bienes o servicios que otros están dispuestos a pagar mientras que el Estado se relaciona con los ciudadanos considerados como sujetos de derechos fundamentales que deben serles proveídos universalmente con independencia de su capacidad económica.

1.4.3.1. Políticas económicas y redistribución

El Estado se relaciona también con la economía mediante la definición de las *políticas económicas* destinadas, en principio, a compatibilizar el progreso económico con una redistribución (relativamente) equitativa de sus beneficios (por ejemplo, las políticas de pleno empleo).

El Estado se vale del sistema tributario o impositivo («tributo» o «impuesto» significan lo mismo) para garantizar la distribución de los beneficios derivados del desarrollo económico, proveer los bienes y servicios públicos y garantizar los recursos comunes que el mercado no es capaz de generar o mantener por sí solo (por ejemplo, la sanidad universal, la educación a todos los niveles, la defensa, las políticas de bienestar, el espacio público).

Mediante los impuestos el Estado recauda el dinero necesario para llevar a cabo sus objetivos. En términos generales se presupone que el sistema tributario debe ser *eficiente*, en el sentido de imponer el menor coste posible a la sociedad, y *equitativo* en la distribución de la carga. Los impuestos se exigen básicamente sobre los beneficios de las empresas (*impuesto de sociedades*), sobre los ingresos de las personas o de las familias (*impuesto sobre la renta de las personas físicas, que incluye tanto los rendimientos del trabajo como las rentas del capital y los incrementos de patrimonio*) y sobre el precio de facturación final que paga el consumidor de bienes y servicios (*impuesto sobre el valor añadido*). Los patrimonios de cierta importancia han estado en algunas etapas sujetos también a un impuesto (*impuesto sobre el patrimonio*). Lo siguen estando las adquisiciones de bienes por herencia o por donación (*impuesto de sucesiones y donaciones*).

Existen también importantes impuestos llamados especiales que gravan productos concretos (por ejemplo, el tabaco, los carburantes o las bebidas alcohólicas). Algunos impuestos son proporcionales (una tarifa porcentual fija sobre la base imponible), otros son progresivos (la tarifa porcentual se incrementa según aumenta la base imponible), otros aplican una cantidad fija. Determinados servicios públicos cuyos beneficiarios se pueden individualizar se cobran mediante un precio denominado tasa.

Los economistas alertan acerca de las distorsiones del mercado producidas por algunos impuestos, singularmente los progresivos (la llamada *pérdida irrecuperable de eficiencia* y otras cuestiones), y la disyuntiva entre eficiencia y equidad es objeto de constante debate político y económico. En términos muy generales la carga impositiva en Europa occidental (donde los Estados proveen muchos bienes y servicios) es comparativamente más alta que en EE.UU. (donde el Estado ocupa tradicionalmente un espacio más reducido), aunque en este último país se han dado fluctuaciones importantes según las políticas fiscales de las sucesivas presidencias. Con independencia del debate sobre la presión fiscal y sus ineficiencias, los ejemplos de muchos países de Latinoamérica y de otros lugares que nos suministra la historia contemporánea parecen sugerir que los Estados fiscalmente débiles tienden recurrentemente a la quiebra, no solamente económica sino también social y política.

1.4.3.2. Relaciones laborales

Las condiciones básicas del contrato de trabajo (y las condiciones de trabajo en cada situación específica) están reguladas por el Estado con la idea de reequilibrar la diferencia de poder contractual entre el empresario y el trabajador.

También existe en muchos países un salario mínimo determinado legalmente. Los economistas liberales ortodoxos aducen que la existencia de un salario mínimo genera desempleo entre los jóvenes y entre personas de baja cualificación (ya que esas personas serían contratadas por un salario inferior al mínimo determinado legalmente si existiera la posibilidad de hacerlo). Si bien los estudios sobre el terreno parecen demostrar que tal efecto indeseado efectivamente se genera, los partidarios del Estado del bienestar entienden que la ausencia de regulaciones sobre los contratos de trabajo y sobre el salario mínimo conducirían a situaciones de explotación socialmente insostenibles. No

podemos suponer —y esa sería la justificación de la intervención— que los demandantes de empleo actúan siempre con libertad de elección en la negociación del salario o de las condiciones de trabajo: o bien se ven obligados a aceptar las condiciones que impone la otra parte sin desearlas pero sin poder de negociación para cambiarlas, o bien las aceptan como resultado de la formación de las llamadas preferencias adaptativas.²⁰ El Estado protege en ese caso al trabajador incluso en contra de su voluntad manifestada porque no hay motivos para creer que tal voluntad sea realmente autónoma.

1.4.3.3. *Protección a los consumidores*

Igual que en el caso de las relaciones laborales, y prácticamente por las mismas razones, el Estado interviene en las relaciones entre vendedores y compradores (entendidos éstos como consumidores) para equilibrar el déficit informativo y de negociación de estos últimos y garantizar sus expectativas legítimas acerca de la calidad y prestaciones de los productos o servicios que adquieren.

Finalmente, son innumerables los aspectos generales o específicos de la vida económica que están de alguna forma regulados jurídicamente o que requieren de la existencia de un instrumento jurídico que confiera certeza a la operación y asegure las expectativas legítimas de los agentes. Desde los contratos a las sociedades, desde la defensa de la competencia al mercado de valores, desde la responsabilidad del fabricante a la protección del medio ambiente, la actividad económica está encuadrada por el Derecho.

1.4.3.4. *Regulaciones y economía de mercado*

¿Cuánta intervención del Estado es deseable o posible? ¿Cuál el punto de equilibrio entre eficiencia y equidad? ¿A partir de qué cantidad de regulaciones la economía de mercado deja de serlo? ¿Cuál es el papel del sector público y del sector privado? No se trata de cuestiones meramente técnicas o que puedan ser analizadas como si fueran leyes de la física porque están relacionadas con puntos de vista filosóficos y políticos sobre cuál es el tipo de sociedad humana deseable o posible.

A nuestros efectos y en relación con el título de este capítulo («Derecho y economía») puede ser útil contemplar los dos supuestos extremos.

Un sistema económico —en el que está incluida naturalmente la economía financiera— sin ninguna intervención del Derecho (sin *regu-*

laciones) no solo no provee equidad —como sabemos, tampoco lo pretende— sino que acaba siendo a muy corto plazo ineficiente a causa del hundimiento de las expectativas de cumplimiento de los pactos (como muestra el dilema del prisionero) y de los fallos generalizados del mercado. Pero un sistema económico totalmente intervenido, centralizado y planificado, como los que hemos conocido durante el siglo xx —normalmente asociados a dictaduras totalitarias— deja prácticamente de ser *economía* (en todo caso deja de ser economía de mercado porque ya no transmite información sobre la demanda, la oferta o el precio) para ser fundamentalmente *Derecho* esto es, un artefacto que lleva a todo el mundo, por la fuerza, a donde no quieren ir, pero esta vez sin justificación verificable desde el punto de vista del interés general.